

٤ر٢١٧٢ الهداية شرح البداية، تأليف المرغيناني، علي بن أبي
بكر ... ٥٩٣هـ كتبه أحمد بن حسن سنة ١٠٠٥هـ ٥٠م
جزءان في مجلد (٤١٥ق) ٢٩س ٢٩x٣٦,٤سم
نسخة جيدة، خطها نسخ دقيق، بأولها فهرس
٦٤٢٥ بالمحتويات وفوائد، تصحيح.
الأعلام ٥: ٧٣ كشف الظنون ٢: ٢٠٣١
١- المذهب الحنفي، فقه المذاهب الاسلامية
أ- المؤلف ب- الناسخ ج- تاريخ النسخ
د- شرح البداية.
١/١٢٩٧
١٤٠٧/٨/٢٩



بسم الله الرحمن الرحيم رب يسر

الحمد لله الذي اعلى معالم العلم واعلامه واظهر شعائر الشرع واحكامه وبعث رسلا
وانبياء صلوات الله عليهم اجمعين الى سبل الحق هادين واخلفهم علماء الى سنن سننهم
داعين يسلكون فيما لم يؤثر عنهم مسلك الاجتهاد مسترشدين منه في ذلك وهو ولي
الارشاد وخص اوائل المستنبطين بالتوفيق حتى وضعوا مسائل من كل جلي ودقيق
غير ان الحوادث متعاقبة الوقوع والنوازل يضيق عنها نطاق الموضوع واقتناص
الشوارد بالاقتباس من الموارد والاعتبار بالامثال من صنعة الرجال وبالوقوف
على الماخذ يعض عليها بالنواجذ وقد جرى علي الوعد في مبدا بداية المبتدي
ان اشرحها بتوفيق الله شرحا ارسمه بكفاية المنتهى فشرعت فيه والوعد يسوغ
بعض المساغ وحين اكاد اتكئ عنه اتكاء الفراغ تبينت فيه نبذا من الاطناب
وخشيت ان يهجر لاجله الكتاب وصرفت العنان والعناية الى شرح آخر موسوم
بالهداية اجمع فيه بتوفيق الله تعالى من عيون الرواية ومتون الدراية تاركا
للزوائد في كل باب معرضا عن هذا النوع من الاسهاب مع ما انه يشتمل على اصول
ينسحب عليها فصول واسال الله تعالى ان يوفقني لاتمامها ويختم لي بالسعادة
بعد اختتامها حتى ان من سمت همته الى مزيد الوقوف يرغب في الاطول و
الاكبر ومن اعجله الوقت عنه يقتصر على الاقصر والاصغر وللناس فيما يعشقون
مذاهب والفن خير كله ثم سالني بعض اخواني ان املي عليهم المجموع الثاني
فافتتحته مستعينا بالله في تحرير ما اقاوله متضرعا اليه في التيسير لما احاوله انه
هو الميسر لكل عسير وعلى ما يشاء قدير وبالاجابة جدير والله اعلم

كتاب الطهارات

قال الله تعالى
يا ايها الذين آمنوا اذا قمتم الى الصلوة فاغسلوا وجوهكم الآية ففرض الطهارة
غسل الاعضاء الثلاثة ومسح الراس بهذا النص والغسل هو الاسالة والمسح
هو الاصابة وحد الوجه من قصاص الشعر الى اسفل الذقن والى شحمتي الاذنين لان
المواجهة تقع بهذه الجملة وهو مشتق منها والمرفقان والكعبان يدخلان في الغسل
عندنا خلافا لزفر رحمه الله هو يقول ان الغاية لا تدخل تحت المغيا كالليل في الصوم
ولنا ان هذه الغاية لاسقاط ما وراها اذ لولاها لاستوعبت الوظيفة

الكل وفي باب الصوم لمد الحكم اليها اذ الاسم يطلق على الامساك ساعة
والكعب هو العظم الناتي هو الصحيح ومنه الكاعب والمفروض في مسح الراس مقدار
الناصية وهو ربع الراس لما روى المغيرة رضي الله عنه ان النبي عليه السلام
اتى سباطة قوم فبال وتوضا ومسح على ناصيته وخفيه والكتاب مجمل فالتحق بيانا
به وهو حجة على الشافعي في التقدير بثلاث شعرات وعلى مالك رحمه الله في
اشتراطه الاستيعاب وفي بعض الروايات قدره بعض اصحابنا بثلاث
اصابع لانها اكثر ما هو الاصل في آلة المسح قال وسنن الطهارة غسل
اليدين قبل ادخالهما الاناء اذا استيقظ المتوضي من نومه لقوله عليه السلام
اذا استيقظ احدكم من منامه فلا يغمسن يده في الاناء حتى يغسلها ثلاثا فانه
لا يدري اين باتت يده ولان اليد آلة التطهير فيسن البداية بتنظيفها وهذا
الغسل الى الرسغ لوقوع الكفاية به في التنظيف قال وتسمية الله تعالى في
ابتداء الوضوء سنة لقوله عليه السلام لا وضوء لمن لم يسم والمراد نفي
الفضيلة والاصح انها مستحبة وان سماها في الكتاب سنة لانه عليه السلام
فعله مرة وتركه اخرى ويسمي قبل الاستنجاء وبعده هو الصحيح والسواك
لانه عليه السلام كان يواظب عليه وعند فقده يعالج بالاصبع لانه عليه
السلام فعل كذلك والمضمضة والاستنشاق لانه عليه السلام فعلهما
على المواظبة وكيفيته ان يمضمض ثلاثا ياخذ لكل مرة ماء جديدا ثم يستنشق
كذلك هو المحكي من وضوئه صلى الله عليه وسلم ومسح الاذنين وهو
سنة بماء الراس خلافا للشافعي لقوله عليه السلام الاذنان من الراس
والمراد به بيان الحكم دون الخلقة وتخليل اللحية لان النبي عليه السلام
امره جبرئيل بذلك وقيل هو سنة عند ابي يوسف رحمه الله جائز
عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى لان السنة اكمال الفرض في محله
والداخل ليس بمحل وتخليل الاصابع لقوله عليه السلام خللوا اصابعكم كيلا
تتخللها نار جهنم ولانه اكمال الفرض في محله وتكرار الغسل الى الثلاث
لان النبي عليه السلام توضا مرة مرة وقال هذا وضوء من لا يقبل الله
الصلوة الا به وتوضا مرتين مرتين وقال هذا وضوء من يضاعف له
الاجر مرتين وتوضا ثلاثا وقال هذا وضوئي ووضوء الانبياء
من قبلي فمن زاد على هذا او نقص فقد تعدى وظلم والوعيد لعدم
رؤيته سنة ويستحب للمتوضي ان ينوي الطهارة والنية في الوضوء

سنة عندنا وعند الشافعي رضي الله عنه فرض لانه عبادة فلا يصح بدون النية كالتيمم ولنا انه لا يقع قربة الا بالنية ولكنه يقع مفتاحا للصلوة لوقوعه طهارة باستعمال المطهر بخلاف التيمم لان التراب غير مطهر الا في حالة ارادة الصلاة او هو ينبئ عن القصد ويستوعب راسه بالمسح وهو السنة وقال الشافعي رحمه الله السنة التثليث بمياه مختلفة اعتبارا بالمغسول ولنا ان انسا رضي الله عنه توضا ثلاثا ثلاثا ومسح براسه مرة واحدة وقال هذا وضوء رسول الله عليه السلام والذي يروى من التثليث محمول عليه بماء واحد وهو مشروع على ما روى الحسن عن ابي حنيفة رضي الله عنه ولان المفروض هو المسح وبالتكرار يصير غسلا فلا يكون مسنونا وصار كمسح الخف بخلاف الغسل لانه لا يضره التكرار ويرتب الوضوء فيبدا بما بدا الله بذكره وبالميامن فالترتيب في الوضوء سنة وقال الشافعي رحمه الله فرض لقوله تعالى فاغسلوا وجوهكم والفاء للتعقيب ولنا ان المذكور فيها حرف الواو وهي لمطلق الجمع باجماع اهل اللغة فيقتضي اعقاب غسل جملة الاعضاء والبداية بالميامن فضيلة لقوله تعالى ان الله يحب التيامن في كل شيء حتى التنعل والترجل

فصل في بيان نواقض الوضوء

قال رضي الله عنه المعاني الناقضة للوضوء ما يخرج من السبيلين لقوله تعالى او جاء احد منكم من الغائط وقيل لرسول الله صلى الله عليه وسلم ما الحدث قال ما يخرج من السبيلين وكلمة ما عامة تتناول المعتاد وغير المعتاد والدم والقيح اذا خرجا من البدن الى موضع يلحقه حكم التطهير والقيء ملء الفم وقال الشافعي رحمه الله الخارج من غير السبيلين لا ينقض الوضوء لما روي عن النبي عليه السلام انه قاء فلم يتوضا ولان غسل غير موضع الاصابة امر تعبدي فيقتصر على مورد النص وهو المخرج المعتاد ولنا قوله عليه السلام الوضوء من كل دم سائل وقوله عليه السلام من قاء او رعف في صلاته فلينصرف وليتوضا وليبن على صلاته ما لم يتكلم ولان خروج النجاسة مؤثر في زوال الطهارة وهذا القدر في الاصل معقول والاقتصار على الاعضاء الاربعة غير معقول لكنه يتعدى ضرورة تعدي الاول غير ان الخروج بالسيلان الى موضع يلحقه حكم التطهير وبملء الفم في القيء لان بزوال القشرة تظهر النجاسة في محلها فتكون بادية لا خارجة بخلاف السبيلين لان ذلك الموضع ليس بموضع النجاسة فيستدل بالظهور على الانتقال والخروج وملء الفم ظاهر من وجه باطن من وجه فاعتبر ظاهرا في

ملء الفم باطنا فيما دونه وملء الفم ان يكون بحال لا يمكن ضبطه الا بتكلف لانه يخرج ظاهرا فاعتبر خارجا وقال زفر رحمه الله تعالى قليل القيء وكثيره سواء وكذا لا يشترط السيلان اعتبارا بالمخرج المعتاد ولاطلاق قوله عليه السلام القلس حدث ولنا قوله عليه السلام ليس في القطرة والقطرتين من الدم وضوء الا ان يكون سائلا وقول علي رضي الله عنه حين عد الاحداث جملة او دسعة تملا الفم واذا تعارضت الاخبار يحمل ما رواه الشافعي رضي الله عنه على القليل وما رواه زفر رحمه الله على الكثير والفرق بين المسلكين ما قدمناه ولو قاء متفرقا بحيث لو جمع يملا الفم فعند ابي يوسف رحمه الله يعتبر اتحاد المجلس لان للمجلس اثرا في جمع المتفرقات وعند محمد رحمه الله يعتبر اتحاد السبب وهو الغثيان ثم ما لا يكون حدثا لا يكون نجسا يروى ذلك عن ابي يوسف رحمه الله وهو الصحيح لانه ليس بنجس حكما حيث لم ينتقض به الطهارة وهذا اذا قاء مرة او طعاما او ماء فان قاء بلغما فغير ناقض عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف ناقض اذا كان ملء الفم والخلاف في المرتقي من الجوف اما النازل من الراس فغير ناقض بالاتفاق لان الراس ليس بموضع النجاسة لابي يوسف رحمه الله انه نجس بالمجاورة ولهما انه لزج لا تتخلله النجاسة وما يتصل به قليل والقليل في القيء غير ناقض ولو قاء دما وهو علق يعتبر فيه ملء الفم لانه سوداء محترقة وان كان مائعا فكذلك عند محمد رحمه الله اعتبارا بسائر انواعه وعندهما ان سال بقوة نفسه ينقض الوضوء وان كان قليلا لان المعدة ليست بمحل الدم فيكون من قرحة ولو نزل من الراس الى ما لان من الانف ينقض الوضوء وان كان قليلا بالاتفاق لوصوله الى موضع يلحقه حكم التطهير فيتحقق الخروج والنوم مضطجعا او متكئا او مستندا الى شيء لو ازيل لسقط لان الاضطجاع سبب لاسترخاء المفاصل فلا يعرى عن خروج شيء عادة والثابت عادة كالمتيقن به والاتكاء يزيل مسكة اليقظة لزوال المقعد عن الارض ويبلغ الاسترخاء غايته بهذا النوع من الاستناد غير ان السند يمنعه من السقوط بخلاف حال القيام والقعود والركوع والسجود في الصلوة وغيرها لان بعض الاستمساك باق اذ لو زال لسقط فلم يتم الاسترخاء والاصل فيه قوله عليه السلام لا وضوء على من نام قائما او قاعدا او راكعا او ساجدا انما الوضوء على من نام مضطجعا فانه اذا نام مضطجعا استرخت مفاصله والغلبة على العقل

بالاغماء والجنون لانه فوق النوم مضطجعا في الاسترخاء والاغماء
حدث في الاحوال كلها وهو القياس في النوم الا انا عرفناه بالاثر والاغماء
فوقه فلا يقاس عليه والقهقهة في كل صلاة ذات ركوع وسجود والقياس
ان لا ينقض وهو قول الشافعي رحمه الله لانه ليس بخارج ولهذا لم تكن حدثا
في صلوة الجنازة وسجدة التلاوة وخارج الصلوة ولنا قوله
عليه السلام الا من ضحك منكم قهقهة فليعد الوضوء والصلاة جميعا
وبمثله يترك القياس والاثر ورد في صلاة مطلقة فيقتصر عليها والقهقهة
ما يكون مسموعا له دون جيرانه وهو على ما قيل يفسد الصلوة دون الوضوء
والدابة تخرج من الدبر ناقض فان خرجت من راس الجرح او سقط اللحم
لا ينقض والمراد بالدابة الدودة وهذا ان النجس ما عليها وذلك قليل
وهو حدث في السبيلين دون غيرهما فاشبه الجشاء والفساء بخلاف
الريح الخارج من قبل المراة والذكر لانها لا تنبعث من محل النجاسة حتى
لو كانت مفضاة يستحب لها الوضوء لاحتمال خروجها من الدبر فان
قشرت نقطة فسال منها ماء او دم او صديد او غيره ان سال عن راس الجرح
ينقض وان لم يسل لم ينقض وقال زفر رحمه الله ينقض في الوجهين
ومن مسئلة الخارج من غير السبيلين وهذه الجملة نجسة لان الدم ينضج
فيصير قيحا ثم يزداد نضجا فيصير صديدا ثم يصير ماء هذا اذا قشرها فخرج
بنفسه اما اذا عصرها فخرج بعصره لا ينقض لانه مخرج وليس بخارج والله
اعلم

فصل في الغسل

وفرض الغسل المضمضة والاستنشاق
وغسل سائر البدن وعند الشافعي هما سنتان فيه لقوله عليه السلام عشرة
من الفطرة اي السنة وذكر منها المضمضة والاستنشاق ولهذا كانا
سنتين في الوضوء ولنا قوله تعالى وان كنتم جنبا فاطهروا وهو
تطهير جميع البدن لان ما يتعذر ايصال الماء اليه خارج بخلاف
الوضوء لان الواجب فيه غسل الوجه والمواجهة فيهما منعدمة والمراد
بما روي حالة الحدث بدليل قوله عليه السلام انهما فرضان في الجنابة
سنتان في الوضوء وسنته ان يبدء المغتسل فيغسل يديه وفرجه
ويزيل النجاسة ان كانت على بدنه ثم يتوضا وضوءه للصلوة الا رجليه
ثم يفيض الماء على راسه وسائر جسده ثلاثا ثم يتنحى عن ذلك المكان فيغسل
رجليه هكذا حكت ميمونة رضي الله عنها اغتسال رسول الله صلى الله عليه

وسلم وانما يؤخر غسل رجليه لانهما في مستنقع الماء المستعمل فلا يفيد
الغسل حتى لو كان على لوح لا يؤخر ويبدا بازالة النجاسة الحقيقية
كيلا تزداد باصابة الماء وليس على المراة ان تنقض ضفائرها في الغسل
اذا بلغ الماء اصول الشعر لقوله عليه السلام لام سلمة رضي الله عنها
يكفيك اذا بلغ الماء اصول شعرك وليس عليها بل ذوائبها هو الصحيح
بخلاف اللحية لانه لا حرج في ايصال الماء الى اثنائها قال والمعاني
الموجبة للغسل انزال المني على وجه الدفق والشهوة من الرجل والمراة حالة
النوم واليقظة وعند الشافعي خروج المني كيف ما كان يوجب الغسل
لقوله عليه السلام الماء من الماء اي الغسل من المني ولنا ان
الامر بالتطهير يتناول الجنب والجنابة في اللغة خروج المني على وجه
الشهوة يقال اجنب الرجل اذا قضى شهوته من المراة والحديث محمول
على الخروج عن شهوة ثم المعتبر عند ابي حنيفة ومحمد رحمهم الله تعالى
انفصاله عن مكانه على وجه الشهوة وعند ابي يوسف رحمه الله ايضا اعتبار
الخروج بالمزايلة اذ الغسل يتعلق بهما ولهما انه متى وجب من وجه
بالاحتياط في الايجاب والتقاء الختانين من غير انزال لقوله عليه السلام
اذا التقى الختانان وغابت الحشفة وجب الغسل انزل او لم ينزل
ولانه سبب للانزال ونفسه تتغيب عن بصره وقد يخفى عليه لقلته
فيقام مقامه وكذا الايلاج في الدبر لكمال السببية ويجب على المفعول به
الاحتياط بخلاف البهيمة وما دون الفرج لان السببية ناقصة والحيض
لقوله تعالى حتى يطهرن بالتشديد وكذا النفاس بالاجماع وسن
رسول الله صلى الله عليه وسلم الغسل للجمعة والعيدين وعرفة والاحرام
نص على السنة وقيل هذه الاربعة مستحبة وسمى محمد رحمه الله الغسل
في يوم الجمعة حسنا في الاصل وقال مالك رحمه الله هو واجب لقوله
عليه السلام من اتى الجمعة فليغتسل ولنا قوله عليه السلام من
توضا يوم الجمعة فبها ونعمت ومن اغتسل فهو افضل وبهذا يحمل ما رواه على
الاستحباب او على النسخ ثم هذا الغسل للصلوة عند ابي يوسف رحمه الله
وهو الصحيح لزيادة فضيلتها على الوقت واختصاص الطهارة بها وفيه
خلاف الحسن رحمه الله والعيدان بمنزلة الجمعة لان فيهما الاجتماع فيستحب
الاغتسال دفعا للتاذي بالرائحة واما في عرفة والاحرام فسنبينه في المناسك

ان شاء الله وليس في المذي والودي غسل بل فيهما الوضوء لقوله عليه السلام كل فحل
يمذي وفيه الوضوء والودي الغليظ من البول يعقب الرقيق منه خروجا فيكون
معتبرا به والمني خاثر ابيض ينكسر منه الذكر والمذي رقيق يضرب الى البياض
يخرج عند ملاعبة الرجل اهله والتفسير ماثور عن عائشة رضي الله عنها

باب الماء الذي يجوز به الوضوء

قال رحمه الله تعالى الطهارة من الاحداث جائزة بماء السماء والاودية والعيون
والابار والبحار لقوله تعالى وانزلنا من السماء ماء طهورا وقوله عليه السلام
الماء طهور لا ينجسه شيء الا ما غير لونه او طعمه او ريحه ومطلق الاسم ينطلق على هذه
المياه ولا يجوز بما اعتصر من الشجر والثمر لانه ليس بماء مطلق والحكم عند فقده
منقول الى التيمم والوظيفة في هذه الاعضاء تعبدية فلا تتعدى الى غير
المنصوص عليه اما الماء الذي يقطر من الكرم فيجوز التوضي به لانه ماء خرج من
غير علاج ذكره في جوامع ابي يوسف رحمه الله تعالى وفي الكتاب اشارة اليه
حيث شرط الاعتصار ولا يجوز بماء غلب عليه غيره فاخرجه من طبع الماء كالاشربة والخل
وماء الباقلاء والمرق وماء الزردج لانه لا يسمى ماء مطلقا والمراد بماء الباقلا
ما تغير بالطبخ وان كان بدون الطبخ يجوز التوضي به ويجوز الطهارة
بماء خالطه شيء طاهر فغير احد اوصافه كماء المد والماء الذي اختلط به الزعفران
والصابون والاشنان قال رضي الله عنه اجرى في المختصر ماء الزردج
مجرى المرق والمروي عن ابي يوسف انه بمنزلة ماء الزعفران وهو الصحيح
كذا اختاره الناطفي والامام السرخسي رحمهم الله وقال الشافعي
لا يجوز التوضي بماء الزعفران واشباهه مما ليس من جنس الارض لانه ماء مقيد
الا ترى انه يقال ماء الزعفران بخلاف اجزاء الارض لان الماء لا يخلو
عنه عادة ولنا ان اسم الماء باق على الاطلاق الا ترى انه لم يتجدد
له اسم على حدة واضافته الى الزعفران كاضافته الى البئر والعين ولان
الخلط القليل لا معتبر به لعدم امكان الاحتراز عنه كما في اجزاء الارض
فيعتبر الغالب والغلبة بالاجزاء لا بتغير اللون هو الصحيح وان تغير
بالطبخ بعد ما خلط غيره لا يجوز التوضي به لانه لم يبق في معنى المنزل من
السماء الا اذا طبخ فيه ما يقصد به المبالغة في النظافة كالاشنان ونحوه
الا ان يغلب ذلك على الماء فيصير كالسويق المخلوط لزوال اسم الماء عنه
وكل ماء وقع فيه النجاسة لم يجز الوضوء به قليلا كانت النجاسة او كثيرا

وقال مالك رحمه الله يجوز ما لم يتغير احد اوصافه لما روينا وقال الشافعي
رحمه الله يجوز ان كان الماء قلتين لقوله عليه السلام اذا بلغ الماء قلتين لا يحمل
خبثا ولنا حديث المستيقظ من منامه وقوله عليه السلام لا يبولن
احدكم في الماء الدائم ولا يغتسلن فيه من الجنابة من غير فصل والذي رواه مالك
رحمه الله ورد في بئر بضاعة وماؤه كان جاريا في البساتين وما رواه الشافعي
ضعفه ابو داود وهو يضعف عن احتمال النجاسة والماء الجاري اذا وقعت
فيه نجاسة جاز الوضوء به اذا لم ير لها اثر لانها لا تستقر مع جريان الماء والاثر
هو الطعم او الرائحة او اللون والجاري ما لا يتكرر استعماله وقيل ما
يذهب بتبنة والغدير العظيم الذي لا يتحرك احد طرفيه بتحريك طرفه
الاخر اذا وقعت نجاسة في احد جانبيه جاز الوضوء من الجانب الاخر لان
الظاهر ان النجاسة لا تصل اليه اذ اثر التحريك في السراية فوق اثر
النجاسة ثم عن ابي حنيفة رحمه الله انه يعتبر التحريك بالاغتسال وهو
قول ابي يوسف وعنه بالتحريك باليد وعن محمد رحمه الله بالتوضي
ووجه الاول ان الحاجة اليه في الحياض اشد منها الى التوضي وبعضهم قدروا
بالمساحة عشرا في عشر بذراع الكرباس توسعة للامر على الناس وعليه الفتوى
والمعتبر في العمق ان يكون بحال لا ينحسر بالاغتراف هو الصحيح وقوله
في الكتاب جاز الوضوء من الجانب الاخر اشارة الى انه ينجس موضع الوقوع
وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا ينجس الا بظهور النجاسة فيه كالماء الجاري
قال وموت ما ليس له نفس سائلة في الماء لا ينجسه كالبق والذباب
والزنابير والعقرب ونحوها وقال الشافعي رحمه الله يفسده لان التحريم
لا بطريق الكرامة آية النجاسة بخلاف دود الخل وسوس الثمار لان فيه
ضرورة ولنا قوله عليه السلام فيه هذا هو الحلال اكله وشربه والوضوء
منه ولان المنجس اختلاط الدم المسفوح باجزائه عند الموت حتى حل المذكى
لانعدام الدم فيه ولا دم فيها والحرمة ليست من ضرورتها النجاسة كالطين
وموت ما يعيش في الماء فيه لا يفسده كالسمك والضفدع والسرطان وقال
الشافعي يفسده الا السمك لما مر ولنا انه مات في معدنه
فلا يعطى له حكم النجاسة كبيضة حال محها دما ولانه لا دم فيها اذ الدموي
لا يسكن الماء والدم هو المنجس وفي غير الماء قيل غير السمك يفسده لانعدام
المعدن وقيل لا يفسده لعدم الدم وهو الاصح والضفدع البحري والبري

سواء وقيل البري مفسد لوجود الدم وعدم المعدن وما يعيش في الماء ما
يكون توالده ومثواه في الماء ومائي المعاش دون مائي المولد مفسد قال
الماء المستعمل لا يطهر الاحداث خلافا لمالك والشافعي رحمهما الله هما
يقولان ان الطهور ما يطهر غيره مرة بعد اخرى كالقطوع وقال زفر
وهو احد قولي الشافعي ان كان المستعمل متوضيا فهو طهور وان كان محدثا
فهو طاهر غير طهور لان العضو طاهر حقيقة وباعتباره يكون الماء طهورا
لكنه نجس حكما وباعتباره يكون الماء نجسا فقلنا باسقاط الطهورية وبقاء
الطهارة عملا بالشبهين وقال محمد رحمه الله وهو رواية عن ابي حنيفة
هو طاهر غير طهور لان ملاقاة الطاهر الطاهر لا توجب التنجس الا انه اقيم
به قربة فتغيرت صفته كمال الصدقة وقال ابو حنيفة وابو يوسف
هو نجس لقوله عليه السلام لا يبولن احدكم في الماء الدائم الحديث ولانه
ما ازيل به النجاسة الحكمية فيعتبر بما ازيلت به النجاسة الحقيقية ثم في
رواية الحسن عن ابي حنيفة نجاسة غليظة اعتبارا بالمستعمل في الحقيقية
وفي رواية ابي يوسف عنه وهو قوله خفيفة لمكان الاختلاف والماء
المستعمل هو ما ازيل به حدث او استعمل في البدن على وجه القربة قال
العبد الضعيف رحمه الله وهذا عند ابي يوسف رحمه الله وقيل هو
قول ابي حنيفة ايضا وقال محمد لا يصير مستعملا الا باقامة القربة
لان الاستعمال بانتقال نجاسة الآثام اليه وانما تزال بالقرب وابو
يوسف رحمه الله يقول اسقاط الفرض مؤثر ايضا فيثبت الفساد بالامرين
ومتى يصير مستعملا الصحيح انه كما زايل العضو صار مستعملا لان سقوط
حكم الاستعمال قبل الانفصال للضرورة ولا ضرورة بعده والجنب اذا
انغمس في البئر لطلب الدلو فعند ابي يوسف الرجل بحاله لعدم الصب
وهو شرط عنده والماء بحاله لعدم الامرين وعند محمد
كلاهما طاهران الرجل لعدم اشتراط الصب والماء لعدم نية التقرب
وعند ابي حنيفة كلاهما نجسان الماء لاسقاط الفرض عن البعض باول الملاقاة
والرجل لبقاء الحدث في بقية الاعضاء وقيل عنده نجاسة الرجل بنجاسة
المستعمل وعنه الرجل طاهر لان الماء لا يعطى له حكم الاستعمال قبل الا
نفصال وهو اوفق الروايات عنه قال وكل اهاب دبغ فقد طهر و
جازت الصلوة فيه والوضوء منه الا جلد الخنزير والادمي لقوله عليه السلام

ايما

ايما اهاب دبغ فقد طهر وهو بعمومه حجة على مالك في جلد الميتة ولا يعارض
بالنهي الوارد عن الانتفاع من الميتة باهاب لانه اسم لغير المدبوغ وحجة على
الشافعي في جلد الكلب وليس الكلب بنجس العين الا ترى انه ينتفع به حراسة
واصطيادا بخلاف الخنزير لانه نجس العين اذ الهاء في قوله فانه رجس ينصرف
اليه لقربه وحرمة الانتفاع باجزاء الآدمي لكرامته فخرجا عما رويناه ثم ما
يمنع النتن والفساد فهو دباغ وان كان تشميسا او تتريبا لان المقصود
يحصل به فلا معنى لاشتراط غيره وما يطهر جلده بالدباغ يطهر بالذكوة
لانه يعمل عمل الدباغ في ازالة الرطوبات النجسة وكذلك يطهر لحمه هو الصحيح
وان لم يكن ماكولا وشعر الميتة وعظمها طاهر وقال الشافعي نجس لانه
من اجزاء الميتة ولنا انه لا حيوة فيها ولهذا لا يتألم بقطعها فلا يحلها
الموت اذ الموت زوال الحيوة وشعر الانسان وعظمه طاهر وقال الشافعي
نجس لانه لا ينتفع به ولا يجوز بيعه ولنا ان عدم الانتفاع والبيع
لكرامته فلا يدل على نجاسته والله اعلم

فصل

واذا وقعت
في البئر نجاسة نزحت وكان نزح ما فيها من الماء طهارة لها باجماع السلف
ومسائل الابار مبنية على اتباع الآثار دون القياس وان وقعت فيها
بعرة او بعرتان من بعر الابل او الغنم لم يفسد الماء استحسانا و
القياس ان تفسده لوقوع النجاسة في الماء القليل وجه الاستحسان
ان ابار الفلوات ليست لها رؤوس حاجزة والمواشي تبعر حولها
وتلقيها الريح فيها فجعل القليل عفوا للضرورة ولا ضرورة في الكثير
وهو ما يستكثره الناظر في المروي عن ابي حنيفة رحمه الله وعليه الاعتماد
ولا فرق بين الرطب واليابس والصحيح والمنكسر والروث والبعر والخثي لان
الضرورة تشمل الكل وفي الشاة تبعر في المحلب بعرة او بعرتين قالوا ترمى
البعرة ويشرب اللبن لمكان الضرورة ولا يعفى القليل في الاناء على ما قيل
لعدم الضرورة وعن ابي حنيفة انه كالبئر في حق البعرة والبعرتين فان
وقع فيها خرء الحمام او العصفور لا يفسده خلافا للشافعي له انه استحال
الى فساد فاشبه خرء الدجاج ولنا اجماع المسلمين على اقتناء الحمامات
في المساجد وورود الامر بتطهيرها واستحالته لا الى نتن رائحة فاشبه
الحمأة فان بالت فيها شاة نزح الماء كله عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد رحمه الله لا ينزح الا اذا غلب على الماء فيخرج من ان يكون طهورا

واصله ان بول ما يوكل لحمه طاهر عنده نجس عندهما له عليه الصلاة والسلام
امر العرنيين بشرب ابوال الابل والبانها ولهما قوله عليه السلام استنزهوا من
البول فان عامة عذاب القبر منه ولانه يستحيل الى نتن وفساد وصار
كبول ما لا يوكل لحمه وتاويل ما روي انه عليه السلام عرف شفاءهم
وحيا ثم عند ابي حنيفة لا يحل شربه للتداوي لانه لا يتيقن بالشفا فيه
فلا يعرض عن الحرمة وعند ابي يوسف يحل للقصة وعند محمد يحل للتداوي
وعنه لطهارته قال فان ماتت فيها فارة او عصفور او صعوة او سوق
اله او سام ابرص نزح منها عشرون دلوا الى ثلاثين بحسب كبر الدلو وصغرها
يعني بعد اخراج الفارة لحديث انس رضي الله عنه انه قال في الفارة ماتت
في البير واخرجت من ساعتها ينزح منها عشرون دلوا والعصفور ونحوها
يعادل الفارة في الجثة فاخذ حكمها والعشرون بطريق الايجاب والثلاثون
بطريق الاستحباب فان ماتت فيها حمامة او نحوها كالدجاجة والسنور
نزح منها ما بين اربعين الى ستين وفي الجامع الصغير اربعون او خمسون
وهو الاظهر لما روي عن ابي سعيد الخدري رضي الله عنه انه قال في الد
جاجة اذا ماتت في البير نزح منها اربعون دلوا وهذا لبيان الايجاب و
والخمسون بطريق الاستحباب ثم المعتبر في كل بير دلوها التي يستقى بها
منها وقيل دلو يسع فيها صاع ولو نزح بدلو عظيم مرة مقدار عشرين دلوا
جاز لحصول المقصود وان ماتت فيها شاة او ادمي او كلب نزح جميع ما فيها
~~شاة او ادمي او كلب نزح جميع ما فيها~~ لان ابن عباس رضي الله عنه وابن
الزبير افتيا بنزح الماء كله حين مات زنجي في بير زمزم فان انتفخ الحيوان
او تفسخ نزح جميع ما فيها صغر الحيوان او كبر لانتشار البلة في اجزاء الماء
وان كانت البير معينة لا يمكن نزحها اخرجوا مقدار ما كان فيها من الماء و
وطريق معرفته ان تحفر حفيرة مثل موضع الماء من البير ويصب فيها ما
ينزح منها الى ان يمتلي او يرسل فيها قصبة ويجعل لمبلغ الماء علامة ثم
ينزح منها عشر دلاء ثم يعاد القصبة فينظر كم انتقص فينزح لكل قدر منها
عشر دلاء وهذان عن ابي يوسف رحمه الله وعن محمد رحمه الله مايتا دلو الى
الى ثلثماية وكانه بنى قوله على ما شاهد في بلده وعن ابي حنيفة رحمه الله
في الجامع الصغير في مثله ينزح حتى يغلبهم الماء ولم يقدر الغلبة بشي كما هو
دابه وقيل ياخذ بقول رجلين لهما بصارة في امر الماء وهذا اشبه بالفقه

وان وجدوا في البير فارة او غيرها لا يدرى متى وقعت ولم تنتفخ اعادوا
صلاة يوم وليلة اذا كانوا توضؤا منها وغسلوا كل شي اصابه ماؤها وان
كانت قد انتفخت او تفسخت اعادوا صلاة ثلاثة ايام ولياليها وهذا
عند ابي حنيفة وقالا ليس عليهم اعادة شي حتى يتحققوا متى وقعت لان اليقين
لا يزال بالشك وصار كمن راى في ثوبه نجاسة لا يدري متى اصابته
ولابي حنيفة رحمه الله ان للموت سببا ظاهرا وهو الوقوع في الماء
فيحال به عليه لان الانتفاخ دليل التقادم فيقدر بالثلاث وعدم
الانتفاخ والتفسخ دليل قرب العهد فقدرناه بيوم وليلة لان ما دون ذلك
ساعات لا يمكن ضبطها واما مسئلة النجاسة على الثوب فقد قيل المعلى
هي على الخلاف فيقدر بالثلاث في البالي وبيوم وليلة في الطري ولو سلم
فالثوب بمراى عينه والبير غايب عن بصره فيفترقان والله اعلم فصل
في الاسار وغير الاسار قال رحمه الله وعرق كل شي معتبر بسوره
لانهما يتولدان من لحمه فاخذ احدهما حكم صاحبه وسور الادمي وما يوكل لحمه
طاهر لان المختلط به اللعاب وقد تولد من لحم طاهر ويدخل في هذا الجواب
الجنب والحايض والكافر وسور الكلب نجس ويغسل الاناء من ولوغه ثلاثا لقوله
عليه السلام يغسل الاناء من ولوغ الكلب ثلاثا ولسانه يلاقي الماء دون الاناء
فلما تنجس الاناء فالماء اولى وهذا الحديث يفيد النجاسة والعدد في الغسل
وهو حجة على الشافعي في اشتراط السبع ولان ما يصيبه بوله يطهر بالثلاث
فما يصيبه سوره وهو دونه اولى والامر الوارد بالسبع محمول على الابتداء
وسور الخنزير نجس لانه نجس العين على ما مر وسور سباع البهايم نجس خلافا
للشافعي فيما سوى الكلب والخنزير لان لحمها نجس ومنه يتولد اللعاب وهو
المعتبر في الباب وسور الهرة طاهر مكروه وعن ابي يوسف انه غير مكروه لان
النبي عليه السلام كان يصغي لها الاناء فتشرب منه ثم يتوضا به ولهما قوله
عليه السلام الهرة سبع والمراد بيان الحكم الا انه سقطت النجاسة لعلة الطوف
فبقيت الكراهة وما رواه محمول على ما قبل التحريم ثم قيل كراهته لحرمة
اللحم وقيل لعدم تحاميها النجاسة فهذا يشير الى التنزه والاول الى القرب
من التحريم ولو اكلت فارة ثم شربت على فوره الماء تنجس الا اذا مكثت ساعة
لغسلها فمها بلعابها والاستثناء على مذهب ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
ويسقط اعتبار الصب للضرورة قال وسور الدجاجة المخلاة مكروه

لانها تخالط النجاسة ولو كانت محبوسة بحيث لا يصل منقارها الى ما تحت
قدمها لا يكره لوقوع الامن من المخالطة وكذا سؤر سباع الطير لانها
تاكل الميتات فاشبه المخلاة وعن ابي يوسف رحمه الله انها اذا كانت
محبوسة يعلم صاحبها انه لا قذر على منقارها لا يكره واستحسن المشايخ
رحمهم الله هذه الرواية وسؤر ما يسكن البيوت كالحية والفارة مكروه
لان حرمة اللحم اوجبت نجاسة السؤر الا انه سقطت النجاسة لعلة الطواف
وبقيت الكراهة والتنبيه على العلة في الهرة وسؤر الحمار والبغل
مشكوك فيه وقيل الشك في طهارته لانه لو كان طاهرا لكان طهورا ما لم
يغلب اللعاب على الماء وقيل الشك في طهوريته لانه لو وجد الماء المطلق
لا يجب عليه غسل راسه وكذا لبنه طاهر وعرقه لا يمنع جواز الصلوة وان
فحش فكذا سؤره وهو الاصح ويروى نص محمد رحمه الله على طهارته
وسبب الشك تعارض الادلة في اباحته وحرمته او اختلاف الصحابة
رضي الله عنهم في نجاسته وطهارته وعن ابي حنيفة رحمه الله انه نجس
ترجيحا للحرمة والنجاسة والبغل من نسل الحمار فيكون بمنزلته فان لم
يجد غيرهما يتوضا بهما ويتيمم ويجوز ايهما قدم وقال زفر رحمه الله
لا يجوز الا ان يقدم الوضوء لانه ماء واجب الاستعمال فاشبه الماء المطلق
ولنا ان المطهر احدهما فيفيد الجمع دون الترتيب وسؤر الفرس طاهر
عندهما لان لحمه ماكول وكذا عنده في الصحيح لان الكراهة لاظهار شرفه
فان لم يجد الا نبيذ التمر قال ابو حنيفة رحمه الله يتوضا به ولا يتيمم
لحديث ليلة الجن فان النبي عليه السلام توضا به حين لم يجد الماء قال
ابو يوسف يتيمم ولا يتوضا به وهو رواية عن ابي حنيفة وبه قال الشافعي
عملا باية التيمم لانها اقوى او هو منسوخ بها لانها مدنية وليلة الجن
كانت مكية وقال محمد رحمه الله يتوضا به ويتيمم لان في الحديث اضطرابا
وفي التاريخ جهالة فوجب الجمع احتياطا قلنا ليلة الجن كانت غير واحدة فلا
يصح دعوى النسخ والحديث مشهور عملت به الصحابة رضوان الله عليهم
اجمعين بمثله يزاد على الكتاب واما الاغتسال به فقد قيل يجوز عنده
اعتبارا بالوضوء وقد قيل لا يجوز لانه فوقه والنبيذ المختلف فيه ان يكون
حلوا رقيقا يسيل على الاعضاء كالماء وما اشتد منها صار حراما لا يجوز
التوضي به وان غيرته النار فما دام حلوا فهو على هذا الخلاف وان اشتد

فعند

فعند ابي حنيفة يجوز التوضي به لانه يحل شربه عنده وعند محمد رحمه الله لا يتوضا
به لحرمة شربه عنده ولا يجوز التوضي بما سواه من الانبذة جريا على قضية
القياس والله اعلم

باب التيمم

قال رضي الله عنه ومن لم يجد الماء وهو مسافر او خارج المصر وبينه وبين المصر
ميل او اكثر يتيمم بالصعيد لقوله تعالى فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيدا
طيبا وقوله عليه السلام التراب طهور المسلم ولو الى عشر حجج ما لم يجد
الماء والميل هو المختار في المقدار لانه يلحقه الحرج بدخوله المصر والماء معدوم
حقيقة والمعتبر المسافة دون خوف الفوت لان التفريط ياتي من قبله ولو
كان يجد الماء الا انه مريض يخاف ان استعمل الماء اشتد مرضه يتيمم لما تلونا ولان
الضرر في زيادة المرض فوق الضرر في زيادة ثمن الماء وذلك يبيح التيمم
فهذا اولى ولا فرق بين ان يشتد مرضه بالتحرك او بالاستعمال واعتبر
الشافعي خوف التلف وهو مردود بظاهر النص قال ولو خاف
الجنب ان اغتسل ان يقتله البرد او يمرضه يتيمم بالصعيد وهذا اذا كان
خارج المصر لما بينا ولو كان في المصر فكذلك عند ابي حنيفة خلافا لهما هما
يقولان ان تحقق هذه الحالة نادر في المصر فلا يعتبر وله ان العجز ثابت حقيقة
فلا بد من اعتباره قال والتيمم ضربتان يمسح باحدهما وجهه وبالا
خرى يديه الى المرفقين لقوله عليه السلام التيمم ضربتان ضربة للوجه
وضربة لليدين الى المرفقين وينفض يديه بقدر ما يتناثر التراب كيلا
يصير مثلة ولا بد من الاستيعاب في ظاهر الرواية لقيامه مقام الوضوء
ولهذا قالوا يخلل الاصابع وينزع الخاتم ليتم المسح والحدث والجنابة
فيه سواء وكذا الحيض والنفاس لما روي ان قوما جاؤا الى رسول الله صلى
الله عليه وسلم وقالوا انا قوم نسكن هذه الرمال ولا نجد الماء شهرا او شهرين
وفينا الجنب والحائض والنفساء فقال عليكم بارضكم قال ويجوز التيمم
عند ابي حنيفة ومحمد بكل ما كان من جنس الارض كالتراب والرمل والحجر والجص
والنورة والكحل والزرنيخ وقال ابو يوسف لا يجوز الا بالتراب والرمل
وهو رواية عن ابي يوسف لقوله تعالى فتيمموا صعيدا طيبا اي ترابا طاهرا
قاله ابن عباس وعن ابي يوسف زاد عليه الرمل بالحديث الذي رويناه ولهما
ان الصعيد اسم لوجه الارض سمي به لصعوده والطيب يحتمل الطاهر فحمل عليه
لانه اليق بموضع الطهارة او هو مراد بالاجماع ثم لا يشترط ان يكون عليه غبار عنده

وفي رواية لا يجوز الا بالتراب

عند ابي حنيفة لاطلاق ما تلونا وكذا يجوز بالغبار مع القدرة على الصعيد
عند ابي حنيفة ومحمد لانه تراب رقيق قال والنية فرض في التيمم
وقال زفر ليس بفرض لانه خلف عن الوضوء فلا يخالفه في وصفه ولنا
انه ينبئ عن القصد فلا يتحقق دونه او جعل طهورا في حالة مخصوصة
والماء طهور بنفسه على ما مر ثم اذا نوى الطهارة او استباحة الصلاة اجزأه
ولا يشترط نية التيمم للحدث او للجنابة هو الصحيح من المذهب
قال فان تيمم نصراني يريد به الاسلام ثم اسلم لم يكن متيمما عند
ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف هو متيمم لانه نوى قربة مقصودة
ولهما ان التراب ما جعل طهورا الا في حالة ارادة قربة مقصودة لا تصح بدون
الطهارة والاسلام قربة تصح بدونها بخلاف سجدة التلاوة لانها قربة
مقصودة لا تصح بدون الطهارة قال وان توضأ لا يريد به
الاسلام ثم اسلم فهو متوضئ خلافا للشافعي بناء على اشتراط النية قال
فان تيمم المسلم ثم ارتد والعياذ بالله ثم اسلم فهو على تيممه وقال
زفر بطل تيممه لان الاسلام عبادة والكفر منافيه فيستوي فيه الابتداء
والبقاء كالمحرمية في النكاح ولنا ان الباقي صفة كونه طاهرا فاعتراض
الكفر لا ينافيه كما لو اعترض على الوضوء وانما لا يصح من الكافر لانعدام
النية منه قال وينقض التيمم كل شيء ينقض الوضوء لانه خلف
عنه فاخذ حكمه وينقضه ايضا رؤية الماء اذا قدر على استعماله لان
القدرة هي المراد بالوجود الذي هو غاية لطهورية التراب وخائف
السبع والعدو والعطش عاجز حكما والنائم عند ابي حنيفة قادر
تقديرا حتى لو مر على الماء يبطل تيممه والمراد ماء يكفي للوضوء لانه لا
معتبر بدونه ابتداء فكذا انتهاء قال ولا يتيمم الا بصعيد طاهر
لان الطيب اريد به الطاهر ولانه آلة التطهير فلا بد من طهارته
في نفسه كالماء ويستحب لعادم الماء وهو يرجوه ان يؤخر
الصلوة الى آخر الوقت فان وجد الماء توضأ والا تيمم وصلى ليقع الاداء
باكمل الطهارتين وصار كالطامع في الجماعة وعن ابي حنيفة وابي يوسف
في غير رواية الاصول ان التاخير حتم لان غالب الراي كالمتحقق وجه الظاهر
ان العجز ثابت حقيقة فلا يزول حكمه الا بيقين مثله قال ويصلي
بتيممه ما شاء من الفرائض والنوافل وعند الشافعي يتيمم لكل فرض لانه

طهارة ضرورية ولنا انه طهور حال عدم الماء فيعمل عمله ما بقي شرطه ويتيمم
الصحيح في المصر اذا حضرت جنازة والولي غيره فخاف ان اشتغل بالطهارة
ان تفوته الصلوة لانه لا يقضى وقوله والولي غيره اشارة الى
انه لا يجوز للولي وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة وهو الصحيح لان
للولي حق الاعادة فلا فوات في حقه قال وان احدث الامام
او المقتدي في صلوة العيد يتيمم ويبني عند ابي حنيفة وقالا لا يتيمم
لان اللاحق يصلي بعد فراغ الامام فلا يخاف الفوت وله ان
الخوف باق لانه يوم زحمة فيعتريه عارض يفسد عليه صلوته
والخلاف فيما اذا شرع بالوضوء ولو شرع بالتيمم تيمم وبنى بالاتفاق
لانا لو اوجبنا الوضوء يكون واجدا للماء في صلاته فيفسد صلوته قال
ولا يتيمم للجمعة وان خاف الفوت لو توضأ فان ادرك الجمعة صلاها
والا صلى الظهر لانها تفوت الى خلف وهو الظهر بخلاف العيد
وكذا اذا خاف فوت الوقت لو توضأ لم يتيمم ويتوضأ ويقضي
ما فاته لان الفوات الى خلف وهو القضاء قال والمسافر اذا
نسي الماء في رحله فتيمم وصلى ثم ذكر الماء لم يعدها عند ابي حنيفة
ومحمد وقال ابو يوسف يعيدها والخلاف فيما اذا وضعه
بنفسه او وضعه غيره بامره والذكر في الوقت وبعده سواء له
انه واجد فصار كما اذا كان في رحله ثوب فنسيه ولان رحل
المسافر معدن للماء عادة فيفترض الطلب ولهما انه لا قدرة بدون العلم
وهو المراد بالوجود وماء الرحل معد للشرب لا للاستعمال ومسألة
الثوب على الاختلاف ولو كان على الاتفاق ففرض الستر يفوت لا الى
خلف والطهارة بالماء تفوت الى خلف وهو التيمم وليس على المتيمم طلب الماء
اذا لم يغلب على ظنه ان بقربه ماء لان الغالب عدم الماء في الفلوات
ولا دليل على الوجود فلم يكن واجدا وان غلب على ظنه ان هناك ماء لم
يجز ان يتيمم حتى يطلبه لانه واجد للماء نظرا الى الدليل ثم يطلب مقدار
الغلوة ولا يبلغ ميلا كيلا ينقطع عن رفقته وان كان مع رفيقه ماء
طلب منه قبل ان يتيمم لعدم المنع غالبا فان منعه منه تيمم لتحقق
العجز ولو تيمم قبل الطلب اجزأه عند ابي حنيفة لانه لا يلزمه الطلب
من ملك الغير وقالا لا يجزيه التيمم لان الماء مبذول عادة ولو ابى ان يعطيه الا

ثمن المثل وعنده ثمنه لا يجزيه العتق ولا يلزمه بحمل الغبن الفاحش
لان الضرر مسقط

باب المسح على الخفين

قال رحمه الله المسح على الخفين جائز بالسنة والاخبار فيه مستفيضة
حتى قيل ان من لم يره كان مبتدعا لكن من رآه ثم لم يمسح اخذا بالعزيمة
كان ماجورا ويجوز من كل حدث موجب للوضوء اذا لبسهما على طهارة
كاملة ثم احدث خصه بحدث موجب للوضوء لانه لا مسح من الجنابة
على ما نبين ان شاء الله تعالى وبحدث متاخر لان الخف عهد مانعا ولو
جوزناه بحدث سابق كالمستحاضة اذا لبست على السيلان ثم خرج
الوقت والمتيمم اذا لبس ثم راى الماء كان رافعا وقوله اذا لبسهما
على طهارة كاملة لا يفيد اشتراط الكمال وقت اللبس بل وقت الحدث
وهو المذهب عندنا حتى لو غسل رجليه ولبس خفيه ثم اكمل الطهارة
ثم احدث يجزيه المسح وهذا لان الخف مانع حلول الحدث بالقدم
فيراعى كمال الطهارة وقت المنع حتى لو كانت ناقصة عند ذلك كان الخف
رافعا ويجوز للمقيم يوما وليلة وللمسافر ثلثة ايام ولياليها لقوله عليه
السلام يمسح المقيم يوما وليلة وللمسافر ثلاثة ايام ولياليها وابتداؤها عقيب
الحدث لان الخف مانع سراية الحدث فيعتبر المدة من وقت المنع والمسح
على ظاهرها خطوطا بالاصابع يبدا من قبل الاصابع الى الساق لحديث
المغيرة ان النبي عليه السلام وضع يديه على خفيه ومدهما من الاصابع الى
اعلاهما مسحة وكاني انظر الى اثر المسح على خف رسول الله عليه السلام
خطوطا بالاصابع ثم المسح على الظاهر حتم حتى لا يجوز على باطن الخف
وعقبه وساقه لانه معدول به عن القياس فيراعى جميع ما ورد به الشرع
والبداءة من الاصابع استحباب اعتبارا بالاصل وهو الغسل وفرض ذلك
مقدار ثلاث اصابع من اصابع اليد وقال الكرخي كي يتبين منه قدر ثلاث
اصابع الرجل فان كان اقل من ذلك جاز وقال زفر والشافعي رحمهم الله لا يجوز
وان قل لانه لما وجب غسل البادي يجب غسل الباقي ولنا ان الخفاف لا تخلو
عن الخرق القليل عادة فيلحقهم الحرج في النزع وتخلو عن الكثير فلا حرج و
الكثير ان ينكشف منه قدر ثلث اصابع الرجل اصغرها هو الصحيح لان الاصل
في القدم هو الاصابع والثلاث اكثرها فقام مقام الكل واعتبار الاصغر
للاحتياط ولا معتبر بدخول الانامل ويعتبر هذا المقدار في كل خف على حدة

يجمع

فيجمع الخروق في خف واحد ولا يجمع في خفين لان الخرق في احدهما لا يمنع قطع
السفر بالاخر بخلاف النجاسة المتفرقة لانه حامل للكل وانكشاف العورة
نظير النجاسة ولا يجوز المسح على الخفين لمن وجب عليه الغسل لحديث
صفوان بن عسال رضي الله عنه قال كان رسول الله عليه السلام يامرنا
اذا كنا سفرا ان لا ننزع خفافنا ثلاثة ايام ولياليها الا عن جنابة ولكن
عن بول او غائط او نوم ولان الجنابة لا تتكرر عادة فلا حرج في النزع بخلاف
الحدث لانه يتكرر وينقض المسح كل شيء ينقض الوضوء لانه بعض الوضوء
وينقضه ايضا نزع الخف لسراية الحدث الى القدم حيث زال المانع
وكذا نزع احدهما لتعذر الجمع بين المسح والغسل في وظيفة واحدة
وكذا مضي المدة لما روينا واذا تمت المدة نزع خفيه وغسل رجليه وصلى
وليس عليه اعادة بقية الوضوء وكذا اذا نزع قبل المدة لان عند
النزع يسري الحدث السابق الى القدمين كانه لم يغسلهما وحكم النزع
يثبت بخروج القدم الى الساق لانه لا معتبر به في حق المسح وكذا
باكثر القدم هو الصحيح ومن ابتدا المسح وهو مقيم فسافر قبل
تمام يوم وليلة مسح ثلاثة ايام ولياليها عملا باطلاق الحديث و
حكم متعلق بالوقت فيعتبر فيه اخره بخلاف ما اذا استكمل المدة ثم
سافر لان الحدث قد سرى الى القدم والخف ليس برافع واذا اقام
وهو مسافر ان استكمل مدة الاقامة نزع لان رخصة السفر لا تبقى
بدونه وان لم يستكمل اتمها لان هذه مدة الاقامة وهو مقيم
ومن لبس الخف الجرموق فوق الخف مسح عليه خلافا للشافعي فانه
يقول البدل لا يكون له بدل ولنا ان النبي عليه السلام مسح على
الجرموقين ولانه تبع للخف استعمالا وغرضا مقصودا فصار كخف ذي طاقين
وهو بدل عن الرجل لا عن الخف بخلاف ما اذا لبس الجرموق بعد ما
احدث لان الحدث حل بالخف فلا يتحول الى غيره ولو كان الجرموق من
كرباس لا يجوز المسح لانه لا يصلح بدلا عن الرجل الا ان تنفذ البلة الى الخف
ولا يجوز على الجوربين الا ان يكونا مجلدين او منعلين ... اذا كانا ثخينين لا يشفان لما روي ان النبي عليه السلام مسح على
جوربيه ولانه يمكنه المشي فيه اذا كانا ثخينين وهو ان يستمسك على الساق
من غير ان يربط بشيء فاشبه الخف وله انه ليس في معنى الخف لانه
لا يمكن مواظبة المشي فيه الا اذا كان منعلا وهو محمل الحديث وعنه

انه رجع الى قولهما وعليه الفتوى ولا يجوز المسح على العمامة والقلنسوة والبرقع والقفازين لانه لا حرج في نزع هذه الاشياء والرخصة لدفع الحرج ويجوز المسح على الجبائر وان شدها على غير وضوء لانه عليه السلام فعل ذلك وامر عليا رضي الله عنه به ولان الحرج فيه فوق الحرج في نزع الخف فكان اولى بشرع المسح ويكتفي بالمسح على اكثره ذكره الحسن رحمه الله ولا يتوقت لعدم التوقيف بالتوقيت وان سقطت الجبيرة عن غير برء لا يبطل المسح لان العذر قائم والمسح عليها كالغسل لما تحتها ما دام العذر باقيا وان سقطت عن برء بطل لزوال العذر وان كان في الصلوة استقبل لانه قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل **باب الحيض والاستحاضة** قال رضي الله عنه اقل الحيض ثلاثة ايام ولياليها وما نقص من ذلك فهو استحاضة لقوله عليه السلام اقل الحيض للجارية البكر والثيب ثلاثة ايام ولياليها واكثره عشرة ايام وهو حجة على الشافعي في التقدير بيوم وليلة وعن ابي يوسف رحمه الله يومان والاكثر من اليوم الثالث اقامة للاكثر مقام الكل قلنا هذا نقص عن تقدير الشرع واكثره عشرة ايام ولياليها والزائد عليه استحاضة لما روينا وهو حجة على الشافعي في التقدير بخمسة عشر يوما ثم الزائد والناقص استحاضة لان تقدير الشرع يمنع الحاق غيره به وما تراه المرأة من الحمرة والصفرة والكدرة حيض حتى ترى البياض خالصا وقال ابو يوسف رحمه الله لا يكون الكدرة حيضا الا بعد الدم لانه لو كان من الرحم لتأخر خروج الكدرة عن الصافي ولهما ما روي ان عائشة رضي الله عنها جعلت ما سوى البياض الخالص حيضا وهذا لا يعرف الا سماعا وفم الرحم منكوس فيخرج الكدر اولا كالجرة اذا ثقب اسفلها واما الخضرة فالصحيح ان المرأة اذا كانت من ذوات الاقراء يكون حيضا ويحمل على فساد المنبت ولا يكون حيضا والحيض يسقط عن الحائض الصلوة ويحرم عليها الصوم وتقضي الصيام ولا تقضي الصلوة لقول عائشة رضي الله عنها كانت احدينا على عهد رسول الله عليه السلام اذا طهرت من حيضها تقضي الصيام ولا تقضي الصلوة ولان في قضاء الصلوات حرجا لتضاعفها ولا حرج في قضاء الصوم ولا تدخل المسجد وكذلك الجنب لقوله عليه السلام فاني لا احل المسجد دخول المسجد حائض

ولا جنب وهو باطلاقه حجة على الشافعي رضي الله عنه في اباحة الدخول على وجه العبور والمرور ولا تطوف بالبيت لان الطواف في المسجد ولا يأتيها زوجها لقوله تعالى ولا تقربوهن حتى يطهرن وليس للجنب والحائض والنفساء قراءة القرآن لقوله عليه السلام لا يقرأ الحائض والجنب شيئا من القرآن وهو حجة على مالك رحمه الله في الحائض وهو باطلاقه يتناول ما دون الآية فيكون حجة على الطحاوي رحمه الله في اباحته وليس لهم مس المصحف الا بغلافه ولا اخذ درهم فيه سورة من القرآن الا بصرته وكذا المحدث لا يمس المصحف الا بغلافه لقوله عليه السلام لا يمس القرآن الا طاهر ثم الحدث والجنابة حلا اليد فيستويان في حكم المس والجنابة حلت الفم دون الحدث فيفترقان في حكم القراءة وغلافه ما يكون متجافيا عنه دون ما هو متصل به كالجلد المشرز هو الصحيح ويكره مسه بالكم (لانه تابع له بخلاف كتب الشرع حيث يرخص في مسها بالكم) لان فيه ضرورة ولا باس بدفع المصحف الى الصبيان لان في المنع تضييع حفظ القرآن وفي الامر بالتطهير حرجا بهم وهذا هو الصحيح قال واذا انقطع دم الحيض لاقل من عشرة ايام لم يحل وطؤها حتى تغتسل لان الدم قد يدر تارة وينقطع اخرى فلا بد من الاغتسال ليترجح جانب الانقطاع ولو لم تغتسل ومضى عليها ادنى وقت الصلوة بقدر ان تقدر على الاغتسال والتحريمة حل وطؤها لان الصلوة صارت دينا في ذمتها وطهرت حكما ولو كان انقطع الدم دون عادتها فوق الثلاث لم يقربها حتى تمضي عادتها وان اغتسلت لان العود في العادة غالب فكان الاحتياط في الاجتناب وان انقطع الدم لعشرة ايام حل وطؤها قبل الغسل لان الحيض لا مزيد له على العشرة الا انه لا يستحب قبل الاغتسال للنهي في القراءة بالتشديد قال والطهر اذا تخلل بين الدمين في مدة الحيض فهو كالدم المتوالي قال رضي الله عنه هذه احدى الروايات عن ابي حنيفة ووجهه ان استيعاب الدم مدة الحيض ليس بشرط بالاجماع فيعتبر اوله وآخره كالنصاب في باب الزكوة وعن ابي يوسف رحمه الله وهو رواية عن ابي حنيفة وقيل هو آخر اقواله ان الطهر اذا كان اقل من خمسة عشر يوما لا يفصل وهو كله كالدم المتوالي لانه طهر فاسد فيكون بمنزلة الدم والاخذ بهذا القول ايسر وتمامه يعرف في كتاب الحيض

واقل الطهر خمسة عشر يوما هكذا روي عن ابراهيم النخعي رحمه الله وانه لا يعرف
الا توقيفا ولا غاية لاكثره لانه يمتد الى سنة او سنتين فلا يتقدر بتقدير
الا اذا استمر بها الدم ويعرف ذلك في كتاب الحيض ودم الاستحاضة
كالرعاف لا يمنع الصلوة ولا الصوم ولا الوطء بنتيجة الاجماع ولو
زاد الدم على عشرة ايام لقوله عليه السلام توضئي وصلي ولو قطر الدم
على الحصير واذا عرف حكم الصلوة ثبت حكم الصوم والوطء بنتيجة الاجماع
ولو زاد الدم على عشرة ايام ولها عادة معروفة دونها ردت الى ايام
عادتها والذي زاد استحاضة لقوله عليه السلام المستحاضة تدع
الصلاة ايام اقرائها ولان العادة يجانس ما زاد على العشرة فيلحق به وان
ابتدات مع البلوغ مستحاضة فحيضها عشرة ايام من كل شهر والباقي
استحاضة لانا عرفناه حيضا فلا يخرج عنه بالشك **فصل**
والمستحاضة ومن به سلس البول والرعاف الدائم والجرح الذي لا يرقا
يتوضؤن لوقت كل صلاة فيصلون بذلك الوضوء في الوقت ما شاؤا
من الفرائض والنوافل وقال الشافعي رحمه الله تتوضا المستحاضة
لكل مكتوبة لقوله عليه السلام المستحاضة تتوضا لكل صلاة ولان اعتبار طهارتها
ضرورة اداء المكتوبة فلا تبقى بعد الفراغ منها **ولنا** قوله عليه السلام
المستحاضة تتوضا لوقت كل صلاة وهو المراد بالاول لان اللام تستعار
للوقت يقال اتيك لصلوة الظهر اي وقتها ولان الوقت اقيم مقام
الاداء تيسيرا فيدار الحكم عليه واذا خرج الوقت بطل وضوؤهم
واستانفوا الوضوء لصلاة اخرى وهذا عند علمائنا الثلثة وقال
زفر رحمه الله استانفوا اذا دخل الوقت فان توضؤا حين تطلع الشمس
اجزاهم حتى يذهب وقت الظهر وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال
ابو يوسف وزفر اجزاهم حتى يدخل وقت الظهر وحاصله ان طهارة
المعذور تنتقض بخروج الوقت اي عنده بالحدث السابق عند ابي
حنيفة ومحمد وبدخوله عند زفر وبايهما كان عند ابي يوسف رحمه الله
وفائدة الاختلاف لا تظهر الا فيمن توضا قبل الزوال كما ذكرنا او
قبل طلوع الشمس لزفر رحمه الله ان اعتبار الطهارة مع المنافي للحاجة
الى الاداء ولا حاجة قبل الوقت فلا تعتبر ولابي يوسف رحمه الله ان
الحاجة مقصورة على الوقت فلا يعتبر قبله ولا بعده ولهما انه لا بد من

تقديم الطهارة على الوقت ليتمكن من الاداء كما دخل الوقت وخروج
الوقت دليل زوال الحاجة فظهر اعتبار الحدث عنده والمراد بالوقت
وقت المفروضة حتى لو توضا المعذور لصلوة العيد له ان يصلي الظهر
عندهما وهو الصحيح لانها بمنزلة صلاة الضحى ولو توضا مرة للظهر
في وقته واخرى فيه للعصر فعندهما ليس له ان يصلي العصر به لانتقاضه
بخروج وقت المفروضة والمستحاضة هي التي لا يمضي عليها وقت صلوة
الا والحدث الذي ابتليت به يوجد فيه وكذا كل من هو في معناها
وهو من ذكرناه ومن به استطلاق بطن وانفلات ريح لان
الضرورة بهذا تتحقق وهي تعم الكل والله اعلم **فصل في
النفاس** النفاس هو الدم الخارج عقيب الولادة لانه ماخوذ من تنفس
الرحم بالدم او من خروج النفس بمعنى الولد او بمعنى الدم والدم الذي
تراه الحامل ابتداء او حال ولادتها قبل خروج الولد استحاضة وان
كان ممتدا وقال الشافعي رحمه الله حيض اعتبارا بالنفاس اذ هما جميعا
من الرحم ولنا ان الحبل ينسد فم الرحم كذا العادة والنفاس بعد
انفتاحه بخروج الولد ولهذا كان نفاسا بعد خروج بعض الولد فيما
يروى عن ابي حنيفة ومحمد رحمهم الله لانه ينفتح فيتنفس به والسقط الذي
استبان بعض خلقه ولد حتى تصير به نفساء وتصير الامة ام ولد به وكذا
العدة تنقضي به واقل النفاس لا حد له لان تقدم الولد علم الخروج
من الرحم فاغنى عن امتداد جعل علما عليه في الحيض واكثره اربعون يوما
والزائد استحاضة لحديث ام سلمة رضي الله عنها ان النبي عليه السلام
وقت للنفساء اربعين يوما وهو حجة على الشافعي في اعتبار الستين وان
جاوز الدم الاربعين وكانت ولدت قبل ذلك ولها عادة في النفاس
ردت الى عادتها لما بينا في الحيض وان لم يكن لها عادة فابتداء نفاسها
اربعون يوما لانه امكن جعله نفاسا فان ولدت ولدين في بطن واحد
فنفاسها من الاول عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمه الله وان كان بين
الولدين اربعون يوما وقال محمد رحمه الله من الولد الاخير وهو قول
زفر رحمه الله لانها حامل بعد وضع الاول فلا تصير نفساء كما انها لا تحيض
ولهذا تنقضي العدة بالاخير ولهما ان الحامل انما لا تحيض لانسداد فم الرحم
على ما ذكرنا وقد انفتح بخروج الاول وتنفس بالدم فكان نفاسا

الا انه لا يستتبعه علامة يتبين بها على انه ليس بدم عرق في الحيض

والعدة تعلقت بوضع حمل مضاف اليها فيتناول الجميع والله اعلم

باب الانجاس وتطهيرها قال رضي الله عنه تطهير النجاسة واجب من بدن المصلي وثوبه والمكان الذي يصلي عليه لقوله تعالى وثيابك فطهر وقال عليه السلام حتيه ثم اقرصيه ثم اغسليه بالما واذا وجب التطهير بما ذكرنا في الثوب وجب في البدن والمكان الذي يصلي فيه لان الاستعمال في حالة الصلوة يشمل الكل ويجوز تطهيرها بالما وبكل مايع يمكن ازالتها به كالخل وما الورد ومما اذا عصر انعصر وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد وزفر والشافعي رحمهم الله لا يجوز الا بالما لانه يتنجس باول الملاقاة والنجس لا يفيد الطهارة لان هذا القياس ترك في الما للضرورة ولهما ان المايع قالع والطهورية بعلة القلع والازالة والنجاسة للمجاورة فاذا انتهت اجزاء النجس يبقى طاهرا وجواب الكتاب لا يفرق بين الثوب والبدن وهو قول ابي حنيفة واحدى الروايتين عن ابي يوسف رحمه الله وعنه انه فرق بينهما فلم يجوز في البدن بغير الما واذا اصاب الخف نجاسة لها جرم كالروث والعذرة والمني والدم فجفت فدلكه بالارض جاز وهذا استحسان وقال محمد رحمه الله لا يجوز وهو القياس الا في المني خاصة لان المتداخل في الخف لا يزيله الجفاف والدلك بخلاف المني على ما نذكره ولهما قوله عليه السلام فان كان بهما اذى فليمسحهما بالارض فان الارض لهما طهور ولان الجلد لصلابته لا يتداخله اجزاء النجاسة الا قليلا ثم يجتذبه الجرم اذا جف واذا زال زال ما قام به وفي الرطب لا يجوز حتى يغسله لان المسح بالارض يكثره ولا يطهره وعن ابي يوسف رحمه الله انه اذا مسحه بالارض حتى لم يبق اثر النجاسة يطهر لعموم البلوى واطلاق ما يروى وعليه مشايخنا رحمهم الله فان اصابه بول فيبس لم يجز حتى يغسله وكذا كل ما لا جرم له كالخمر لان الاجزاء تتشرب فيه ولا جاذب يجذبها وقيل ما يتصل به من الرمل جرم له والثوب لا يجزي فيه الا الغسل وان يبس لان الثوب لتخلخله يتداخله كثير من اجزاء النجاسة فلا يخرجها الا الغسل والمني نجس يجب غسله رطبا فاذا جف على الثوب اجزا فيه الفرك لقوله عليه السلام لعائشة رضي الله عنها فاغسليه ان كان رطبا وافركيه ان كان يابسا وقال الشافعي غسل الثوب من جنس

وذكر

وذكر منها المني ولو اصاب البدن قال مشايخنا رحمهم الله يطهر بالفرك لان البلوى فيه اشد وعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يطهر الا بالغسل لان حرارة البدن جاذبة فلا يعود الى الجرم والبدن لا يمكن فركه والنجاسة اذا اصابت المراة اكتفي بمسحها لانه لا يتداخله النجاسة وما على ظاهره يزول بالمسح وان اصابت الارض نجاسة فجفت بالشمس فذهب اثرها جازت الصلوة على مكانها وقال زفر والشافعي لا يجوز لانه لم يوجد المزيل ولهذا لا يجوز التيمم ولنا قوله عليه السلام ذكاة الارض يبسها وانما لا يجوز به التيمم لان طهارة الصعيد ثبت شرطا بنص الكتاب فلا يتادى بما ثبت بالحديث وقدر الدرهم وما دونه من النجاسة المغلظة كالدم والبول والخمر وخرء الدجاج وبول الحمار جازت الصلوة معه وان زاد لم تجز وقال زفر والشافعي قليل النجاسة وكثيرها سوا لان النص الموجب للتطهير لم يفصل ولنا ان القليل لا يمكن التحرز عنه فيجعل عفوا وقدرناه بقدر الدرهم اخذا عن موضع الاستنجا ثم يروى اعتبار الدرهم من حيث المساحة وهو قدر عرض الكف في الصحيح ويروى من حيث الوزن وهو الدرهم الكبير وهو ما يبلغ وزنه مثقالا وقيل في التوفيق بينهما ان الاولى في الرقيق والثانية في الكثيف وانما كانت نجاسة هذه الاشيا مغلظة لانها ثبتت بدليل مقطوع به وان كانت مخففة كبول ما يوكل لحمه جازت الصلوة معه حتى يبلغ ربع الثوب يروى ذلك عن ابي حنيفة رحمه الله لان التقدير فيه بالكثير الفاحش والربع ملحق بالكل في حق بعض الاحكام وعنه ربع ادنى ثوب يجوز فيه الصلوة كالميزر وقيل ربع الموضع الذي اصابه كالذيل والدخريص وعن ابي يوسف رحمه الله لمكان الاختلاف في نجاسته او لتعارض النصين على اختلاف الاصلين واذا اصاب الثوب من الروث او اخثا البقر اكثر من قدر الدرهم لم تجز الصلوة فيه عند ابي حنيفة لان النص الوارد في نجاسته وهو ما روي انه عليه السلام رمى بالروثة وقال هذا رجس او ركس لم يعارضه غيره وبهذا يثبت التغليظ عنده والتخفيف بالتعارض وقالا يجزيه حتى يفحش لان الاجتهاد فيه مساغا وبهذا يثبت التخفيف عندهما ولان فيه ضرورة لامتلا الطرق بها وهي موثرة في التخفيف

بخلاف بول الحمار لان الارض تنشفه قلنا الضرورة في النعال وقد اثرت
في التخفيف مرة حتى تطهر بالمسح فيكفي مؤنتها ولا فرق بين ماكول اللحم و
غير ماكول اللحم وزفر رحمه الله فرق بينهما فوافق ابا حنيفة في غير ماكول اللحم
ووافقهما في الماكول وعن محمد رحمه الله انه لما دخل الري ورای البلوى افتى
بان الكثير الفاحش لا يمنع ايضا وقاسوا عليه طين بخارى وعند ذلك رجوعه
في الخف يروى وان اصابه بول الفرس لم يفسده حتى يفحش عند ابي حنيفة
وابي يوسف وعند محمد لا يمنع وان فحش لان بول ما يوكل لحمه طاهر عنده
مخفف نجاسته عند ابي يوسف ولحمه ماكول عندهما واما عند ابي حنيفة
رحمه الله التخفيف لتعارض الاثار وان اصابه خرء ما لا يوكل لحمه من الطيور
اكثر من قدر الدرهم اجزأت الصلوة فيه عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد رحمه الله لا يجزيه فقد قيل ان الاختلاف في النجاسة وقد
قيل في المقدار وهو الاصح هو يقول لا ضرورة لعدم المخالطة
فلا يخفف ولهما انها تذرق من الهواء والتحامي متعذر فتحققت
الضرورة فيثبت التخفيف ولو وقع في الاناء قيل يفسده وقيل
لا يفسده لتعذر صون الاواني عنه وان اصابه من دم السمك او من
لعاب البغل والحمار اكثر من قدر الدرهم اجزأت الصلوة فيه اما
دم السمك فليس بدم على التحقيق فلا يكون نجسا وعن ابي يوسف رحمه الله
انه اعتبر فيه الكثير الفاحش فاعتبره نجسا واما لعاب البغل والحمار
فلانه مشكوك فيه فلا يتنجس به الطاهر فان انتضح عليه البول مثل
رؤس الابر فذلك ليس بشيء لانه لا يستطاع الامتناع عنه قال
والنجاسة ضربان مرئية وغير مرئية فما كان منها مرئيا فطهارته زوال
عينه لان النجاسة حلت المحل باعتبار العين فتزول بزوالها الا ان
يبقى من اثره ما يشق ازالته لان الحرج مدفوع وهذا يشير الى انه لا
يشترط الغسل بعد زوال العين وان زال بالغسل مرة واحدة و
فيه كلام وما ليس بمرئي فطهارته ان يغسل حتى يغلب على ظن الغاسل
انه قد طهر لان التكرار لا بد منه للاستخراج ولا يقطع بزواله
فاعتبر غالب الظن كما في امر القبلة وانما قدروا بالثلث لان غالب
الظن يحصل عنده فاقيم السبب الظاهر مقامه تيسيرا ويتأكد ذلك
بحديث المستيقظ من منامه ثم لا بد من العصر في كل مرة في ظاهر الرواية

لانه هو المستخرج فصل في الاستنجاء قال رحمه الله الاستنجاء
سنة لان النبي عليه السلام واظب عليه ويجوز فيه الحجر وما قام
مقامه يمسحه حتى ينقيه لان المقصود هو الانقاء فيعتبر ما هو المقصود
وليس فيه عدد وقال الشافعي لا بد من الثلاث لقوله عليه السلام
وليستنج بثلاثة احجار ولنا قوله عليه السلام من استجمر فليوتر ومن
فعل فحسن ومن لا فلا حرج والايتار يقع على الواحد وما رواه متروك
الظاهر فانه لو استنجى بحجر له ثلثة احرف جاز بالاجماع وغسله بالماء
افضل لقوله تعالى فيه رجال يحبون ان يتطهروا نزلت في اقوام يتبعون
الحجارة الماء ثم هو ادب وقيل هو سنة في زماننا ويستعمل الماء
الى ان يقع في غالب ظنه انه قد طهر ولا يقدر بالمرات الا اذا كان
موسوسا فيقدر بالثلث في حقه وقيل بالسبع ولو جاوزت
النجاسة مخرجها لم يجز فيه الا الماء وفي بعض النسخ اختلاف الروايتين
في تطهير العضو بغير الماء على ما بينا وهذا لان المسح غير مزيل الا انه
اكتفى به في موضع الاستنجاء عند ابي حنيفة وابي يوسف لسقوط
اعتبار ذلك الموضع وعند محمد مع موضع الاستنجاء اعتبارا
بسائر المواضع ولا يستنجي بعظم ولا بروث لان النبي عليه السلام
نهى عن ذلك ولو فعل يجزيه لحصول المقصود ومعنى النهي في الروث
النجاسة وفي العظم كونه زاد الجن ولا يستنجي بطعام لانه اضاعة و
اسراف ولا بيمينه لان النبي عليه السلام نهى عن الاستنجاء باليمين
كتاب الصلوة باب المواقيت قال رضي الله
عنه اول وقت الفجر اذا طلع الفجر الثاني وهو المعترض في الافق
وآخر وقتها ما لم تطلع الشمس لحديث امامة جبريل عليه السلام فانه
ام رسول الله صلى الله عليه وسلم فيها في اليوم الاول حين طلع الفجر
وفي اليوم الثاني حين اسفر جدا وكادت الشمس تطلع ثم قال في آخر
الحديث ما بين هذين الوقتين وقت لك ولامتك ولا معتبر بالفجر
الكاذب وهو البياض الذي يبدو طولا ثم يعقبه الظلام لقوله
عليه السلام لا يغرنكم اذان بلال ولا الفجر المستطيل وانما الفجر هو
المستطير في الافق اي المنتشر فيها واول وقت الظهر اذا زالت الشمس
لامامة جبريل عليه السلام في اليوم الاول حين زالت الشمس وآخر وقتها

حتى لو صلاها فيه او تلا فيه سجدة فيه وسجدها جاز لانها اديت ناقصة
كما وجبت اذ الوجوب بحضور الجنازة والتلاوة ويكره ان يتنفل بعد
الفجر حتى تطلع الشمس وبعد العصر حتى تغرب لما روي انه عليه السلام
نهى عن ذلك ولا باس بان يصلي في هذين الوقتين الفوايت ويسجد
للتلاوة ويصلي على الجنازة لان الكراهة كانت لحق الفرض ليصير
الوقت كالمشغول به لا لمعنى في الوقت ولم تظهر في حق الفرايض
وفيما وجب لعينه كسجدة التلاوة وظهر في حق المنذور لانه
يتعلق وجوبه بسبب من جهته وفي حق ركعتي الطواف وفي الذي
شرع فيه ثم افسده لان الوجوب لغيره وهو ختم الطواف وصيانة
المودى ويكره ان يتنفل بعد طلوع الفجر باكثر من ركعتي الفجر لانه
عليه السلام لم يزد عليهما مع حرصه على الصلوة ولا يتنفل بعد الغروب
قبل الفرض لما فيه من تاخير المغرب ولا اذا خرج الامام للخطبة يوم الجمعة
الى ان يفرغ لما فيه من الاشتغال عن استماع الخطبة

باب الاذان

قال رحمه الله الاذان سنة للصلوات الخمس والجمعة
للنقل المتواتر وصفة الاذان معروفة وهو كما اذن الملك النازل من
السماء ولا ترجيع فيه وهو ان يرجع فيرفع صوته بالشهادتين بعد
ما خفض بهما وقال الشافعي رحمه الله فيه ذلك لحديث ابي
محذورة ان النبي عليه السلام امره بالترجيع ولنا انه لا ترجيع في المشاهير
وكان ما رواه تعليما فظنه ترجيعا ويزيد في اذان الفجر بعد الفلاح
الصلوة خير من النوم مرتين لان بلالا رضي الله عنه قال الصلوة
خير من النوم حين وجد النبي عليه راقدا فقال عليه السلام ما احسن
هذا اجعله في اذانك وخص الفجر به لانه وقت نوم وغفلة والاقامة
مثل الاذان الا انه يزيد فيها بعد الفلاح قد قامت الصلوة مرتين
هكذا فعل الملك النازل من السماء وهو المشهور ثم هو حجة على
الشافعي في قوله تعالى انها فرادى الا قوله قد قامت الصلوة و
يترسل في الاذان ويحدر في الاقامة لقوله عليه السلام اذا اذنت
فترسل واذا اقمت فاحدر وهذا بيان للاستحباب ويستقبل
بهما القبلة لان النازل من السماء اذن مستقبل القبلة ولو
ترك الاستقبال جاز لحصول المقصود ويكره لمخالفة السنة ويحول
وجهه للصلوة والفلاح يمنة ويسرة لانه خطاب للقوم فيواجههم
وان استدار في صومعته فحسن ومراده اذا لم يستطع تحويل الوجه

يمينا وشمالا مع ثبات قدميه مكانهما كما هو السنة بان كانت الصومعة
متسعة فاما من غير حاجة فلا والافضل للمؤذن ان يجعل اصبعيه في
اذنيه بذلك امر النبي عليه السلام بلالا رضي الله عنه ولانه ابلغ
في الاعلام وان لم يفعل فحسن لانها ليست بسنة اصلية والتثويب
في الفجر حي على الصلوة حي على الفلاح مرتين بين الاذان والاقامة
حسن وكره في ساير الصلوات ومعناه العود الى الاعلام بعد
الاعلام وهو على حسب ما تعارفوه وهذا تثويب احدثه علماء الكوفة
بعد عهد الصحابة لتغير احوال الناس وخص الفجر به لما ذكرنا والمتأ
خرون استحسنوه في الصلوات كلها لظهور التواني في الامور
الدينية قال ابو يوسف رحمه الله لا ارى به باسا بان يقول
المؤذن للامير في الصلوة كلها السلام عليك ايها الامير ورحمة
الله وبركاته حي على الصلوة حي على الفلاح الصلوة يرحمك الله واستبعد
محمد رحمه الله لان الناس سواسية في امر الجماعة وابو يوسف رحمه الله
خصهم بذلك لزيادة اشتغالهم بامور المسلمين كيلا تفوتهم
الجماعة وعلى هذا القاضي والمفتي ويجلس بين الاذان والاقامة
الا في المغرب وهذا عند ابي حنيفة وقالا يجلس في المغرب ايضا
جلسة خفيفة لانه لا بد من الفصل اذ الوصل مكروه ولا يقع
بالسكتة لوجودها بين كلمات الاذان فيفصل بالجلسة كما بين الخطبتين
ولابي حنيفة رحمه الله ان التاخير مكروه فيكتفي بادنى الفصل احترازا
عنه والمكان في مسئلتنا مختلف وكذا النغمة فيقع الفصل بالسكتة
ولا كذلك الخطبة وقال الشافعي رحمه الله يفصل بركعتين
اعتبارا بساير الصلوات والفرق قد ذكرناه قال يعقوب
رحمه الله رايت ابا حنيفة رحمه الله يؤذن في المغرب ويقيم ولا يجلس
وهذا يفيد ما قلنا وان المستحب كون المؤذن عالما بالسنة لقوله
عليه السلام ويؤذن لكم خياركم ويؤذن للفائتة ويقيم لانه عليه السلام
قضى الفجر غداة ليلة التعريس باذان واقامة وهو حجة على الشافعي
في اكتفائه بالاقامة فان فاتته صلوات اذن للاولى واقام لما روينا
وكان مخيرا في الباقي ان شاء اذن واقام ليكون القضاء على حسب الاداء
وان شاء اقتصر على الاقامة لان الاذان للاستحضار وهم حضور

قال رضي الله عنه وعن محمد انه يقام لما بعدها قالوا يجوز ان يكون
هنا قولهم جميعا وينبغي ان يوذن ويقيم على طهر وان اذن على غير وضوء
جاز لانه ذكر وليس بصلاة وكان الوضوء فيه استحبابا كالقراءة
ويكره ان يقيم على غير وضوء لما فيه من الفصل بين الاقامة والصلوة
ويروى لا يكره الاقامة ايضا لانه احد الاذانين ويروى يكره الاذان
ايضا لانه يصير داعيا الى ما لا يجيب بنفسه ويكره ان يوذن وهو
جنب رواية واحدة ووجه الفرق على احدى الروايتين وهو ان للاذان
شبها بالصلوة فيشترط الطهارة عن اغلظ الحدثين دون اخفهما
عملا بالشبهين وفي الجامع الصغير اذا اذن على غير وضوء واقام لا
يعيد والجنب احب الي ان يعيد وان لم يعد اجزاه اما الاول
فلخفة الحدث واما الثاني ففي الاعادة بسبب الجنابة روايتان
والاشبه ان يعاد الاذان ولا يعاد الاقامة لان تكرار الاذان مشروع
دون الاقامة وقوله ان لم يعد اجزاه يعني الصلوة لانها جايزة
بدون الاذان والاقامة قال وكذلك المراة توذن معناه
يستحب ان يعاد ليقع على وجه السنة ولا يوذن لصلوة دون وقتها
ويعاد في الوقت لان الاذان للاعلام وقبل الوقت تجهيل وقال
ابو يوسف رحمه الله وهو قول الشافعي يجوز في الفجر في النصف
الاخير من الليل لتوارث اهل الحرمين والحجة على الكل قوله
عليه السلام لبلال رضي الله عنه لا توذن حتى يستبين لك الفجر هكذا
ومد يده عرضا والمسافر يوذن ويقيم لقوله عليه السلام لابني ابي
مليكه رضي الله عنهما اذا سافرتما فاذنا واقيما فان تركهما جميعا يكره
وان اكتفى بالاقامة جاز لان الاذان لاستحضار الغايبين والرفقة
حاضرون والاقامة لاعلام الافتتاح وهم اليه محتاجون فان صلى
في بيته في المصر يصلي باذان واقامة ليكون الاداء على هيئة الجماعة
وان تركهما جاز لقول ابن مسعود رضي الله عنه اذان الحي يكفينا

باب شروط الصلوة التي يتقدمها قال

يجب على المصلي ان يقدم الطهارة من الاحداث والانجاس على ما قدمنا
قال الله تعالى وثيابك فطهر وقال تعالى وان كنتم جنبا
فاطهروا ويستر عورته لقوله تعالى خذوا زينتكم عند كل مسجد اي ما
يواري عورتكم عند كل صلاة وقال عليه السلام لا صلوة لحايض

الا بخمار اي البالغة وعورة الرجل ما تحت السرة الى الركبة لقوله عليه
السلام عورة الرجل ما تحت السرة الى الركبة ويروى ما دون سرته
حتى تجاوز ركبته وبهذا تبين ان السرة ليست من العورة خلافا لما يقوله
الشافعي والركبة من العورة خلافا له ايضا وكلمة الى نحملها على كلمة
مع عملا بكلمة حتى وعملا بقوله عليه السلام الركبة من العورة وبدن
الحرة كلها عورة الا وجهها وكفيها لقوله عليه السلام المراة عورة
مستورة واستثنا العضوين للابتلا بابدايهما قال رضي الله
عنه وهذا تنصيص على ان القدم عورة ويروى انها ليست بعورة
وهو الاصح فان صلت وثلث ساقها او ربعها مكشوف تعيد الصلوة
عند ابي حنيفة ومحمد وان كان اقل من الربع لا تعيد وقال ابو يوسف
لا تعيد ان كان اقل من النصف لان الشي انما يوصف بالكثرة
اذا كان ما يقابله اقل منه اذ هما من اسماء المقابلة وفي النصف عنه
روايتان فاعتبر الخروج عن حد القلة او عدم الدخول في ضده
ولهما ان الربع يحكي حكاية الكمال في مسح الراس والحلق في الاحرام
ومن راى وجه غيره يخبر عن رويته وان لم ير الا احد جوانبه الاربعة
الراس هو الصحيح وانما وضع غسله في الجنابة لمكان الحرج والعورة
الغليظة على هذا الاختلاف والذكر يعتبر بانفراده وكذا الانثيان
وهذا هو الصحيح دون الضم وما كان عورة من الرجل فهو عورة
من الامة وبطنها وظهرها عورة وما سوى ذلك من بدنها ليس بعورة
لقول عمر رضي الله عنه الق عنك الخمار يا دفار اتتشبهين بالحراير
ولانها تخرج لحاجة مولاها في ثياب مهنتها عادة فاعتبر حالها
بذوات المحارم في حق جميع الرجال دفعا للحرج قال ولو لم يجد
ما يزيل به النجاسة صلى معها ولم يعد وهذا على وجهين ان كان ربع
الثوب او اكثر منه طاهرا يصلي فيه ولو صلى عريانا لا يجزيه لان ربع
الشي يقوم مقامه كله وان كان الطاهر اقل من الربع فكذلك عند
محمد رحمه الله وهو احد قولي الشافعي لان في الصلوة فيه ترك فرض
واحد وفي الصلوة عاريا ترك الفروض وعند ابي حنيفة وابي يوسف
يتخير بين ان يصلي عريانا وبين ان يصلي فيه وهو الافضل لان كل واحد
منهما مانع جواز الصلوة حالة الاختيار ويستويان في حق المقدار

والضم هو البطن والفخذ كذا الى بعضه هنا الان كل عضو على حدة والمراد به الثاني لا الاول منح

فيستويان في حكم الصلوة وترك الشئ الى خلف لا يكون تركا والافضلية
لعدم اختصاص السنن بالصلوة واختصاص الطهارة بها ومن لم يجد
صلى عريانا قاعدا يومي بالركوع والسجود هكذا فعله اصحاب رسول
الله صلى الله عليه وسلم فان صلى قايما اجزاه لان في القعود ستر العورة
الغليظة وفي القيام اداء هذه الاركان فيميل الى ايهما شا الا ان
الاول افضل لان الستر وجب لحق الصلوة وحق الناس ولانه لا خلف
له والايما خلف عن الاركان قال وينوي للصلوة التي يدخل
فيها بنية لا يفصل بينها وبين التحريمة بعمل والاصل فيه قوله عليه
السلام الاعمال بالنيات ولان ابتداء الصلوة بالقيام وهو
متردد بين العادة والعبادة ولا يقع التمييز الا بالنية والمتقدم
على التكبير كالقايم عنده اذا لم يوجد ما يقطعه وهو عمل لا يليق
بالصلوة ولا معتبر بالمتاخر منها عنه لان ما مضى لا عبادة لعدم
النية وفي الصوم جوزت للضرورة او النية هي الارادة والشرط
ان يعلم بقلبه اي صلاة يصلي اما الذكر باللسان فلا معتبر به
ويحسن ذلك لاجتماع عزيمته ثم ان كان نفلا يكفيه مطلق النية
وكذا ان كانت سنة في الصحيح وان كانت فرضا لا بد من تعيين
فرض كالظهر مثلا لاختلاف الفروض وان كان مقتديا بغيره ينوي
الصلوة ومتابعته لانه يلزمه فساد الصلوة من جهته فلا بد
من التزامه قال ويستقبل القبلة لقوله تعالى فولوا و
جوهكم شطره ثم من كان بمكة ففرضه اصابة عينها ومن كان غايبا
ففرضه اصابة جهتها هو الصحيح لان التكليف بحسب الوسع
ومن كان خايفا يصلي الى اي جهة قدر لتحقق العذر فاشبه حالة
الاشتباه فان اشتبهت عليه القبلة وليس بحضرته من يساله
عنها اجتهد لان الصحابة رضي الله عنهم تحروا وصلوا ولم ينكر عليهم
رسول الله عليه السلام ولان العمل بالدليل الظاهر واجب عند
انعدام دليل فوقه والاستخبار فوق التحري فان علم انه اخطا
بعد ما صلى لا يعيدها وقال الشافعي رحمه الله يعيدها اذا
استدبر القبلة لتيقنه بالخطا ونحن نقول ليس في وسعه الا التوجه
الى جهة التحري فان علم انه اخطا بعد ما صلى لا يعيدها وقال

الشافعي رحمه الله يعيدها اذا استدبر القبلة ونحن نقول ليس في وسعه
الا التوجه الى جهة التحري والتكليف مقيد بالوسع وان علم ذلك في الصلوة
استدار الى القبلة لان اهل قبا لما سمعوا بتحول القبلة استداروا
كهيئتهم واستحسنه النبي عليه السلام وكذا اذا تحول رايه الى جهة
اخرى توجه اليها لوجوب العمل بالاجتهاد فيما يستقبل من غير نقض
المودي قبله ومن ام قوما في ليلة مظلمة فتحرى القبلة وصلى
الى المشرق وتحرى من خلفه فصلى كل واحد منهم الى جهة غير ما تحرى كما
في جوف الكعبة ومن علم منهم بحال امامه تفسد صلاته لانه اعتقد
امامه على الخطا وكذا لو كان متقدما عليه لتركه فرض المقام ٥

باب صفة الصلوة

قال رحمه الله فرايض
الصلوة ستة التحريمة لقوله تعالى وربك فكبر والمراد تكبيرة الافتتاح
والقيام لقوله تعالى وقوموا لله قانتين والقراءة لقوله تعالى فاقرءوا
ما تيسر من القرآن والركوع والسجود لقوله تعالى واركعوا واسجدوا
والقعدة في اخر الصلوة مقدار التشهد لقوله عليه السلام لابن مسعود
رضي الله عنه حين علمه التشهد اذا قلت هذا او فعلت هذا فقد
تمت صلوتك علق التمام بالفعل قرا او لم يقرا قال وما سوى
ذلك فهو سنة اطلق اسم السنة وفيها واجبات كقراءة الفاتحة
وضم السورة اليها ومراعاة الترتيب فيما شرع مكررا من الافعال و
القعدة الاولى وقراءة التشهد في الاخيرة والقنوت في الوتر وتكبيرات
العيدين والجهر فيما يجهر فيه والمخافتة فيما يخافت فيه ولهذا
يجب سجدتا السهو بتركها هذا هو الصحيح وتسميتها سنة في
الكتاب لما انه ثبت وجوبها بالسنة قال واذا شرع في
الصلوة كبر لما تلونا وقال عليه السلام تحريمها التكبير وهو
شرط عندنا خلافا للشافعي حتى ان من تحرم للفرض كان له ان يودي
بها التطوع هو يقول يشترط لها ما يشترط لساير الاركان وهذا
اية الركنية ولنا انه عطف الصلوة عليه في النص ومقتضاه
المغايرة ولهذا لا يتكرر لتكرر الاركان ومراعاة الشرايط لما يتصل
به من القيام ويرفع يديه مع التكبير وهو سنة لان النبي عليه السلام
واظب عليه وهذا اللفظ يشير الى اشتراط المقارنة وهو المروي

عن ابي يوسف رحمه الله والمحكي عن الطحاوي والاصح انه يرفع اولا ثم
يكبر لان فعله نفي الكبرياء عن غير الله والنفي مقدم ويرفع حتى يحاذي
بابهاميه شحمة اذنيه وعند الشافعي يرفع الى منكبيه وعلى هذا تكبيرة
القنوت والاعياد والجنازة له حديث ابي حميد قال كان النبي
عليه السلام اذا كبر رفع يديه الى منكبيه ولنا رواية وائل والبراء وانس
رضي الله عنهم ان النبي عليه السلام اذا كبر رفع يديه الى منكبيه
حذاء اذنيه ولان رفع اليد لاعلام الاصم وهو بما قلناه وما رواه
يحمل على حالة العذر والمرأة ترفع حذاء منكبيها هو الصحيح لانه
استر لها فان قال بدل التكبير الله اجل او اعظم او الرحمن اكبر
او لا اله الا الله او غيره من اسماء الله تعالى اجزاه عند ابي حنيفة
ومحمد رحمهم الله تعالى وقال ابو يوسف ان كان يحسن التكبير
لا الا الله اكبر الله الاكبر الله الكبير وقال الشافعي لا يجوز الا
بالاوليين وقال مالك رحمه الله لا يجوز الا بالاول لانه
هو المنقول والاصل فيه التوقيف والشافعي يقول ادخال الالف
واللام ابلغ في الثناء فقام مقامه وابو يوسف رحمه الله يقول
ان افعل وفعيلا في صفاته تعالى سواء بخلاف ما اذا كان لا يحسن
لانه لا يقدر الا على المعنى ولهما ان التكبير هو التعظيم لغة وهو
حاصل وان افتتح الصلوة بالفارسية وهو يحسن العربية اجزاه
عند ابي حنيفة وقالا لا يجزيه الا في الذبيحة خاصة وان لم يحسن
العربية اجزاه اما الكلام في الافتتاح فمحمد رحمه الله مع ابي حنيفة
في العربية ومع ابي يوسف في الفارسية لان لغة العرب لها
من المزية ما ليس لغيرها واما الكلام في القراءة فوجه قولهما ان القرآن
اسم لمنظوم عربي كما نطق به النص الا ان عند العجز يكتفى بالمعنى
كالايماء بخلاف التسمية لان الذكر يحصل بكل لسان ولابي حنيفة
رحمه الله قوله تعالى وانه لفي زبر الاولين ولم يكن فيها بهذه
اللغة ولهذا يجوز عند العجز الا انه يصير مسيئا لمخالفته السنة
المتوارثة ويجوز باي لسان كان سوى الفارسية هو الصحيح
لما تلونا والمعنى لا يختلف باختلاف اللغات والخلاف في الاعتداد

ولا خلاف انه لا فساد ويروى رجوعه في اصل المسألة الى قولهما وعليه
الاعتماد والخطبة والتشهد على هذا الاختلاف وفي الاذان يعتبر
التعارف وان افتتح الصلوة باللهم اغفر لي لم يجز لانه مشوب بحاجته
ولم يكن تعظيما خالصا ولو قال اللهم فقد قيل يجزيه لان معناه
يا الله امنا بخير وكان سؤالا قال ويعتمد بيده اليمنى على اليسرى
تحت السرة لقوله عليه السلام ان من السنة وضع اليمين على الشمال
تحت السرة وهو حجة على مالك رحمه الله في الارسال وعلى الشافعي
في الوضع على الصدر ولان الوضع تحت السرة اقرب الى التعظيم
وهو المقصود ثم الاعتماد سنة القيام عند ابي حنيفة وابي
يوسف رحمهم الله حتى لا يرسل حالة الثناء والاصل ان كل قيام فيه
ذكر مسنون يعتمد فيه وما لا فلا هو الصحيح فيعتمد في حالة
القنوت وصلاة الجنازة ويرسل في القومة وبين تكبيرات الاعياد
ثم يقول سبحانك اللهم وبحمدك الى آخره وعن ابي يوسف
رحمه الله انه يضم اليه قوله وجهت وجهي الى آخره لرواية علي رضي الله
عنه انه عليه السلام كان يقول ذلك ولهما رواية انس رضي الله
عنه ان النبي عليه السلام اذا افتتح الصلوة كبر وقرأ سبحانك
اللهم وبحمدك الى آخره ولا يزيد على هذا وما رواه محمول على التهجد
وقوله جل ثناؤك لم يذكر في المشاهير فلا يأتي به في الفرائض والاولى
ان يأتي بالتوجه قبل التكبير ليتصل النية به هو الصحيح ويستعيذ
بالله من الشيطان الرجيم لقوله تعالى فاذا قرأت القرآن فاستعذ
بالله من الشيطان الرجيم الآية معناه اذا اردت قراءة القرآن والاولى
ان يقول استعيذ بالله ليوافق القرآن ويقرب منه اعوذ بالله ثم
التعوذ تبع للقراءة دون الثناء عند ابي حنيفة ومحمد لما تلونا حتى
يأتي به المسبوق دون المقتدي ويؤخر عن تكبيرات العيد ويقرأ
بسم الله الرحمن الرحيم هكذا نقل في المشاهير ويسر بهما لقول ابن
مسعود رضي الله عنه اربع يخفيهن الامام وذكر منها التعوذ والتسمية
وآمين وقال الشافعي رحمه الله يجهر بالتسمية عند الجهر
بالقراءة لما روي ان النبي عليه السلام جهر في صلاته بالتسمية
قلنا هو محمول على التعليم لان انسا رضي الله عنه اخبر انه عليه السلام
كان لا يجهر بها ثم عن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يأتي بها في اول كل ركعة

كالمتعوذ وعنه انه ياتي احتياطا وهو قولهما ولا ياتي بها بين السورة والفاتحة
الا عند محمد فانه ياتي بها في صلاة المخافتة ثم يقرا فاتحة الكتاب وسورة
او ثلاث ايات من اي سورة شا فقراة الفاتحة لا يتعين ركنا عندنا
وكذا ضم السورة اليها خلافا للشافعي في الفاتحة ولمالك رحمه الله
فيهما له قوله عليه السلام لا صلوة الا بفاتحة الكتاب وسورة او ثلاث
ايات من اي سورة شا فقراة الفاتحة لا يتعين ركنا عندنا وكذا ضم
السورة اليها خلافا للشافعي في الفاتحة ولمالك رحمه الله فيهما له قوله
عليه السلام لا صلوة الا بفاتحة الكتاب وسورة معها وللشافعي قوله
عليه السلام لا صلوة الا بفاتحة الكتاب ولنا قوله تعالى فاقروا ما
تيسر من القران والزيادة عليه بخبر الواحد لا يجوز لكنه يوجب العمل
فقلنا بوجوبهما واذا قال الامام ولا الضالين قال آمين ويقولها
المؤتم لقوله عليه السلام اذا امن الامام فامنوا ولا متمسك لمالك
رحمه الله في قوله عليه السلام واذا قال الامام ولا الضالين فقولوا
امين من حيث القسمة لانه قال في اخره قال الامام يقولها قال
ويخفونها لما روينا من حديث ابن مسعود رضي الله عنه ولانه دعاء
فيكون مبناه على الاخفا والمد والقصر فيه وجهان والتشديد فيه
خطا فاحش قال ثم يكبر ويركع وفي الجامع الصغير ويكبر مع الانحطاط
لان النبي عليه السلام كان يكبر عند كل خفض ورفع ويحذف التكبير
حذفا لان المد في اوله خطا من حيث الدين لكونه استفهاما وفي اخره
لحن من حيث اللغة ويعتمد بيديه على ركبتيه ويفرج بين اصابعه
لقوله عليه السلام لانس رضي الله عنه اذا ركعت فضع يديك على
ركبتيك وفرج بين اصابعك ولا يندب الى التفريج الا في هذه الحالة
ليكون امكن من الاخذ ولا الى الضم الا في حالة السجود وفيما وراء
ذلك يترك على العادة ويبسط ظهره لان النبي عليه السلام كان اذا
ركع بسط ظهره ولا يرفع راسه ولا ينكسه لان النبي عليه السلام
كان اذا ركع لا يصوب راسه ولا يقنعه ويقول سبحان ربي
العظيم ثلاثا وذلك ادناه لقوله عليه السلام اذا ركع احدكم فليقل
في ركوعه سبحان ربي العظيم ثلاثا وذلك ادناه اي ادنى كمال الجمع
ثم يرفع راسه ويقول سمع الله لمن حمده ويقول المؤتم ربنا لك الحمد
ولا يقولها الامام عند ابي حنيفة وقالا يقولها في نفسه ما روي ان النبي

عليه السلام

عليه السلام كان يجمع بين الذكرين ولانه حرض غيره فلا ينسى نفسه وله
قوله عليه السلام اذا قال الامام سمع الله لمن حمده فقولوا ربنا لك الحمد
وانها تنافي الشركة ولهذا لا ياتي المؤتم به بالتسميع عندنا خلافا للشافعي
ولانه يقع تحميده بعد تحميد المقتدي وهو خلاف موضوع الامامة
والذي رواه محمول على حالة الانفراد والمنفرد يجمع بينهما في الاصح
وان كان يروي الاكتفاء بالتسميع ويروى بالتحميد والامام بالدلالة
عليه آت به معنى قال ثم اذا استوى قايما كبر وسجد
اما التكبير والسجود فلما بينا واما الاستواء قايما فليس بفرض وكذا
الجلسة بين السجدتين والطمانينة في الركوع والسجود وهذا
عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله
يفترض ذلك وهو قول الشافعي رحمه الله لقوله عليه السلام
قم فصل فانك لم تصل قاله لاعرابي حين اخف الصلوة ولهما
ان الركوع هو الانحنا والسجود الانخفاض لغة فتتعلق الركنية بالادنى
فيهما وكذا في الانتقال اذ هو غير مقصود وفي اخر ما روي تسميته اياه
صلوة حيث قال وما نقصت من هذا شيا فقد نقصت من صلاتك
ثم القومة والجلسة سنة عندهما وكذا الطمانينة في تخريج الجرجاني
وفي تخريج الكرخي رحمه الله واجبة حتى تجب سجدتا السهو بتركها
عنده ويعتمد بيديه على الارض لان وايل بن حجر رضي الله عنه وصف
صلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم فسجد وادعم على راحتيه
ورفع عجيزته قال ووضع وجهه بين كفيه ويديه حذاء اذنيه
لما روي انه عليه السلام فعل كذلك قال وسجد على انفه
وجبهته لان النبي عليه السلام واظب عليه فان اقتصر على احدهما
جاز عند ابي حنيفة وقالا لا يجوز الا من عذر وهو رواية عنه
لقوله عليه السلام امرت ان اسجد على سبعة اعظم وعد منها
الجبهة ولابي حنيفة رحمه الله ان السجود يتحقق بوضع بعض الوجه
وهو المامور به الا ان الخد والذقن خارج والمذكور فيما روي الوجه
في المشهور قال ووضع اليدين والركبتين سنة عندنا لتحقق
السجود دونهما واما وضع القدمين فقد ذكر القدوري رحمه الله
انه فريضة في السجود فان سجد على كور عمامته او فاضل ثوبه اجزاه

لان النبي عليه السلام كان يسجد على كور عمامته ويروى انه عليه السلام صلى في ثوب
واحد يتقي بفضوله حر الارض وبردها ويبدي ضبعيه لقوله عليه السلام
وابد ضبعيك من الابداد وهو المد والاول من الابداء وهو الاظهار ويجافي
بطنه عن فخذيه لانه عليه السلام كان اذا سجد جافى حتى ان بهمة لو ارادت ان تمر
بين يديه لمرت وقيل اذا كان في الصف لا يجافي كيلا يؤذي جاره ويوجه اصابع
رجليه نحو القبلة لقوله عليه السلام اذا سجد المؤمن سجد كل عضو منه فليوجه
من اعضائه القبلة ما استطاع ويقول في سجوده سبحان ربي الاعلى ثلاثا
وذلك ادناه لقوله عليه السلام واذا سجد احدكم فليقل في سجوده سبحان
ربي الاعلى ثلاثا وذلك ادناه اي ادنى كمال الجمع ويستحب ان يزيد على الثلاث
في الركوع والسجود بعد ان يختم بالوتر لانه عليه السلام كان يختم بالوتر وان كان
اماما لا يزيد على وجه يمل القوم حتى لا يؤدي الى التنفير ثم تسبيحات الركوع
والسجود سنة لان النص تناولهما دون تسبيحاتهما فلا يزاد على النص والمراة
تنخفض في سجودها وتلزق بطنها بفخذيها لان ذلك استر لها قال ثم يرفع راسه
ويكبر لما روينا فاذا اطمان جالسا كبر وسجد لقوله عليه السلام في حديث الاعرابي
ثم ارفع راسك حتى تستوي جالسا ولو لم يستو جالسا وسجد اخرى اجزاه عند ابي
حنيفة ومحمد وقد ذكرناه وتكلموا في مقدار الرفع والاصح انه ان كان الى السجود
اقرب لا يجوز لانه يعد ساجدا وان كان الى الجلوس اقرب جاز لانه يعد جالسا
فتتحقق الثانية قال فاذا اطمان ساجدا كبر وقد ذكرناه واستوى قائما على
صدور قدميه ولا يقعد ولا يعتمد بيديه على الارض وقال الشافعي رحمه الله
يجلس جلسة خفيفة ثم ينهض معتمدا على الارض لما روي انه عليه السلام فعل
ذلك ولنا حديث ابي هريرة رضي الله عنه ان النبي عليه السلام كان ينهض
في الصلاة على صدور قدميه وما رواه محمول على حالة الكبر لان هذه قعدة
استراحة والصلوة ما وضعت لها ويفعل في الركعة الثانية مثل ما فعل
في الاولى لانه تكرار الاركان الا انه لا يستفتح ولا يتعوذ لانهما لم يشرعا
الا مرة ولا يرفع يديه الا في التكبيرة الاولى خلافا للشافعي في الركوع و
الرفع منه لقوله عليه السلام لا ترفع الايدي الا في سبع مواطن تكبيرة
الافتتاح وتكبيرة القنوت وتكبيرات العيدين وذكر الاربع في الحج والذي
يروى من الرفع محمول على الابتداء كذا نقل عن ابن الزبير رضي الله عنه
واذا رفع راسه من السجدة الثانية في الركعة الثانية افترش رجله اليسرى

لا وابدد

فجلس

فجلس عليها ونصب اليمنى نصبا ووجه اصابعه نحو القبلة هكذا وصفت عائشة
رضي الله عنها قعود رسول الله صلى الله عليه وسلم في الصلوة قال ووضع
يديه على فخذيه وبسط اصابعه وتشهد يروى ذلك في حديث وائل رضي الله
عنه ولان فيه توجيه اصابع يديه القبلة وان كانت امراة جلست على
اليتها واخرجت رجليها من الجانب الايمن لانه استر لها والتشهد التحيات
لله والصلوات والطيبات السلام عليك ايها النبي ورحمة الله وبركاته
الى اخره وهذا تشهد عبد الله بن مسعود رضي الله عنه فانه قال اخذ رسول
الله عليه السلام بيدي وعلمني التشهد كما كان يعلمني سورة من القران
وقال قل التحيات لله الى اخره والاخذ بهذا اولى من الاخذ بتشهد عبد الله
بن عباس رضي الله عنه وهو قوله التحيات المباركات الصلوات الطيبات
لله سلام عليك ايها النبي ورحمة الله وبركاته سلام علينا الى اخره لان
فيه الامر واقله الاستحباب والالف واللام وهما للاستغراق و
زيادة الواو وهي لتجديد الكلام كما في القسم وتاكيد التعليم ولا يزيد
على هذا في القعدة الاولى لقول ابن مسعود رضي الله عنه علمني رسول الله
عليه السلام التشهد في وسط الصلوة نهض اذا فرغ من التشهد
وان كان اخر الصلوة دعى لنفسه بما شاء قال ويقرا في الركعتين الاخريين
بفاتحة الكتاب وحدها لحديث ابي قتادة ان النبي عليه السلام قرا
في الاخريين بفاتحة الكتاب وحدها وهذا بيان الافضل هو الصحيح
لان القراءة فرض في الركعتين على ما ياتيك من بعد ان شاء الله وجلس في
الاخر كما جلس في الاولى لما روينا من حديث وائل وعائشة رضي الله عنهما
ولانها اشق على البدن من التورك الذي يميل اليه مالك رحمه الله والذي
روي انه عليه السلام قعد متوركا ضعفه الطحاوي او يحمل على حالة
الكبر وتشهد وهو واجب عندنا ليس بفرض قال وصلى على النبي عليه السلام
وهو ليس بفريضة عندنا خلافا للشافعي فيهما لقوله عليه السلام اذا
قلت هذا او فعلت هذا فقد تمت صلوتك ان شئت ان تقوم فقم
وان شئت ان تقعد فاقعد والصلوة على النبي عليه السلام خارج الصلوة صح
واجبة اما مرة واحدة كما قاله الكرخي رحمه الله او كلما ذكر النبي عليه السلام
كما اختاره الطحاوي فكفينا مؤنة الامر والفرض المروي في التشهد هو التقدير
ودعا بما يشبه الفاظ القران والادعية الماثورة لما روينا من حديث ابن مسعود

رضي الله عنه وقال له النبي عليه السلام ثم اختر من الدعا اطيبه واعجبه اليك
ويبدا بالصلوة على النبي عليه السلام ليكون اقرب الى الاجابة ولا يدعو بما يشبه
كلام الناس تحرزا عن الفساد ولهذا ياتي بالماثور المحفوظ وما لا يستحيل سؤاله
من العباد كقولهم اللهم زوجني فلانة يشبه كلامهم وما يستحيل كقوله اللهم
اغفر لي ليس من كلامهم وقوله اللهم ارزقني من قبيل الاول لاستعمالها
فيما بين العباد يقال رزق الامير الجيش ثم يسلم عن يمينه فيقول السلام
عليكم ورحمة الله وعن يساره مثل ذلك لما روي عن ابن مسعود رضي الله عنه
ان النبي عليه السلام كان يسلم عن يمينه حتى يرى بياض خده الايمن وعن
يساره حتى يرى بياض خده الايسر وينوي عن يمينه من الرجال والنسا والحفظة و
كذلك في الثانية لان الاعمال بالنيات ولا ينوي النسا في زماننا ولا من لا
شركة له في صلوته هو الصحيح لان الخطاب بحظ الحاضرين ولا بد للمقتدي
من نية امامه وان كان الامام في الجانب الايمن او الايسر نواه فيهم وان كان
بحذايه نواه في الاولى عند ابي يوسف ترجيحا للجانب الايمن وعند محمد وهو
رواية عن ابي حنيفة رحمه الله نواه فيهما لانه ذو حظ من الجانبين والمنفرد
ينوي الحفظة لا غير لانه ليس معه سواهم والامام ينوي بالتسليمتين هو
الصحيح ولا ينوي في الملائكة عددا محصورا لان الاخبار في عددهم قد
اختلف فاشبه الايمان بالانبيا عليهم السلام ثم اصابة لفظ السلام واجبة
عندنا وليست بفرض خلافا للشافعي هو يتمسك بقوله عليه السلام
تحريمها التكبير وتحليلها التسليم ولنا ما روينا من حديث ابن مسعود
رضي الله عنه والتخيير ينافي الفرضية والوجوب الا انا اثبتنا الوجوب
بما رواه احتياطا وبمثله لا يثبت الفرضية **فصل في القراءة**
قال رضي الله عنه ويجهر بالقراءة في الفجر وفي الركعتين الاوليين من المغرب
والعشا ان كان اماما ويخفي في الاخريين هذا هو المتوارث وان كان منفردا
فهو مخير ان شا جهر واسمع نفسه لانه امام في حق نفسه وان شا خافت
لانه ليس خلفه من يسمعه والافضل هو الجهر ليكون الاداء على هيئة الجماعة
ويخفيها الامام في الظهر والعصر وان كان بعرفة لقوله عليه السلام
صلوة النهار عجماء اي ليست فيها قراءة مسموعة وفي عرفة خلاف مالك والحجة
عليه ما رويناه ويجهر في الجمعة والعيدين لورود النقل المستفيض بالجهر
وفي التطوع بالنهار يخافت وفي الليل يتخير اعتبارا بالفرض في حق المنفرد

وهذا

وهذا لانه مكمل له فيكون تبعا ومن قرا في العشا في الاوليين السورة ولم يقرا
الفاتحة لم يعد في الاخريين وان قرا الفاتحة ولم يزد عليها قرا في الاخريين
الفاتحة والسورة وجهر وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
وقال ابو يوسف لا يقضي واحدة منهما لان الواجب اذا فات عن وقته
لا يقضى الا بدليل ولهما وهو الفرق بين الوجهين ان قراءة الفاتحة
شرعت على وجه يترتب عليها السورة فلو قضاها في الاخريين تترتب
الفاتحة على السورة وهذا خلاف الموضوع بخلاف ما اذا ترك السورة
لانه امكن قضاؤها على الوجه المشروع ثم ذكر ههنا ما يدل على الوجوب
وفي الاصل بلفظة الاستحباب لانها ان كانت مؤخرة فغير موصولة
بالفاتحة فلم يمكن مراعاة موضوعها من كل وجه ويجهر بهما هو الصحيح
لان الجمع بين الجهر والمخافتة في ركعة واحدة شنيع وتغيير النفل و
هو الفاتحة اولى ثم المخافتة ان يسمع نفسه والجهر ان يسمع غيره
وهذا عند الهندواني لان مجرد حركة اللسان لا يسمى قراءة بدون الصوت
وقال الكرخي تصحيح الحروف لان القراءة فعل اللسان دون الصماخ
وفي لفظ الكتاب اشارة الى هذا وعلى هذا الاصل كل ما يتعلق بالنطق
كالطلاق والعتاق والاستثناء وغير ذلك وادنى ما يجزي من القراءة في
الصلوة اية عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ثلث ايات قصار او اية طويلة
لانه لا يسمى قاريا بدونه فاشبه ما دون الاية وله قوله تعالى فاقرؤا
ما تيسر من القران من غير فصل الا ان ما دون الاية خارج والاية ليست في
معناه وفي السفر يقرا بفاتحة الكتاب واي سورة شا لما روي ان النبي
عليه السلام قرا في صلاة الفجر في سفره بالمعوذتين ولان السفر اثر في اسقاط
شطر الصلوة فلان يوثر في تخفيف القراءة اولى وهذا اذا كان على عجلة
من السير وان كان في امنة وقرار يقرا في الفجر نحو سورة البروج وانشقت
لانه يمكنه مراعات السنة مع التخفيف ويقرا في الحضر في الفجر في الركعتين
باربعين اية او خمسين اية سوى فاتحة الكتاب ويروى من اربعين الى ستين
ومن ستين الى مائة وبكل ذلك ورد الاثر ووجه التوفيق انه يقرا بالراغبين
مائة وبالكسالى اربعين وبالاوساط خمسين الى ستين وقيل ينظر الى
طول الليالي وقصرها والى كثرة الاشغال وقلتها قال وفي الظهر مثل ذلك
لاستوائهما في سعة الوقت وقال في الاصل او دونه لانه وقت الاشغال

فينقص عنه تحرزا عن الملال والعصر والعشاء سواء يقرأ فيهما باوساط المفصل
وفي المغرب دون ذلك يقرأ فيها بقصار المفصل والاصل فيه كتاب عمر رضي الله
عنه الى ابي موسى الاشعري رضي الله عنه ان اقرأ في الفجر والظهر بطوال المفصل
وفي العصر والعشاء باوساط المفصل وفي المغرب بقصار المفصل ولان مبنى
المغرب على العجلة فالتخفيف اليق بها والعصر والعشاء يستحب فيهما
التاخير وقد يقعان بالتطويل في وقت غير مستحب فيوقت فيهما بالاوساط
ويطول الركعة الاولى من الفجر على الثانية اعانة للناس على ادراك الجماعات
قال وركعتا الظهر سواء وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد
احب الي ان يطول الركعة الاولى على الثانية في الصلوات كلها لما روى
ان النبي عليه السلام كان يطيل الركعة الاولى على الثانية في الصلوات
كلها لما روي ان النبي عليه السلام كان يطيل الركعة الاولى على غيرها
في الصلوات كلها ولهما ان الركعتين استويا في استحقاق القراءة فيستويان
في المقدار بخلاف الفجر لانه وقت نوم وغفلة والحديث محمول على الاطالة
من حيث الثناء والتعوذ والتسمية ولا معتبر بالزيادة والنقصان بما
دون ثلاث ايات لعدم امكان الاحتراز عنه من غير حرج وليس في شيء
من الصلوات قراءة سورة بعينها لا يجوز غيرها لاطلاق ما تلونا ويكره ان
يوقت بشيء من القران لشيء من الصلوات لما فيه من هجر الباقي وايهام التفضيل
ولا يقرأ المؤتم خلف الامام خلافا للشافعي في الفاتحة له ان القراءة ركن
من الاركان فيشتركان فيه ولنا قوله عليه السلام من كان له امام فقراءة
الامام له قراءة وعليه اجماع الصحابة وهو ركن مشترك بينهما لكن
حظ المقتدي الانصات والاستماع قال عليه السلام فاذا قرأ فانصتوا
ويستحسن على سبيل الاحتياط فيما يروى عن محمد رحمه الله ويكره عندهما
لما فيه من الوعيد ويستمع وينصت وان قرأ الامام آية الترغيب والترهيب
لان الاستماع فرض بالنص والقراءة وسؤال الجنة والتعوذ من النار
كل ذلك مخل به وكذلك في الخطبة وكذلك ان صلى على النبي عليه
السلام لفرضية الاستماع الا ان يقرأ الخطيب قوله تعالى يا ايها الذين
امنوا صلوا عليه الاية فيصلي السامع في نفسه واختلفوا في النائي عن
المنبر والاحوط هو السكوت اقامة لفرض الانصات

باب الامامة

قال رضي الله عنه الجماعة سنة مؤكدة لقوله عليه السلام الجماعة

من سنن الهدى لا يتخلف عنها الا منافق واولى الناس بالامامة اعلمهم
بالسنة وعن ابي يوسف اقرأهم لان القراءة لا بد منها والحاجة الى العلم
اذا نابت نائبة ونحن نقول القراءة مفتقر اليها لركن واحد والعلم
لسائر الاركان فان تساووا فاقرؤهم لقوله عليه السلام يؤم القوم
اقرؤهم لكتاب الله فان كانوا سواء فاعلمهم بالسنة واقرؤهم كان
اعلمهم لانهم يتلقونه باحكامه فقدم في الحديث ولا كذلك في ز
ماننا فقدمنا الاعلم فان تساووا فاورعهم لقوله عليه السلام
وليؤمكما اكبركما سنا ولان في تكثير الجماعة ويكره تقديم العبد لانه
لا يتفرغ للتعلم والاعرابي لان الغالب فيهم الجهل والفاسق لانه لا يهتم
لامر دينه والاعمى لانه لا يتوقى النجاسة وولد الزنا لانه ليس له اب
يثقفه فيغلب عليه الجهل ولان في تقديم هؤلاء تنفير الجماعة فيكره
وان تقدموا جاز لقوله عليه السلام صلوا خلف كل بر وفاجر
ولا يطول بهم الامام الصلوة لقوله عليه السلام من ام قوما فليصل
بهم صلاة اضعفهم فان فيهم المريض والكبير وذا الحاجة ويكره للنساء
وحدهن الجماعة لانها لا تخلو عن ارتكاب محرم وهو قيام الامام وسط
الصف فيكره كالعراة وان فعلن قامت الامام وسطهن لان عائشة
رضي الله عنها فعلت كذلك وحمل فعلها الجماعة على ابتداء الاسلام
ولان في التقدم زيادة الكشف ومن صلى مع واحد اقامه عن
يمينه لحديث ابن عباس رضي الله عنه فانه صلى به النبي عليه السلام واقامه
عن يمينه ولا يتاخر عن الامام وعن محمد انه يضع اصابعه عند عقب
الامام والاول هو الظاهر وان صلى خلفه او في يساره جاز وهو مسيء
لانه خالف السنة وان ام اثنين تقدم عليهما وعن ابي يوسف
رحمه الله انه يتوسطهما ونقل ذلك عن عبد الله بن مسعود رضي الله
عنه ولنا انه عليه السلام تقدم على انس واليتيم حين صلى بهما فهذا
للافضلية والاثر دليل الاباحة ولا يجوز للرجال ان يقتدوا بامرأة
او صبي اما المرأة فلقوله عليه السلام اخروهن من حيث اخرهن الله
فلا يجوز تقديمها واما الصبي فلانه متنفل فلا يجوز اقتداء المفترض
به وفي التراويح والسنن المطلقة جوزه مشايخ بلخ ولم يجوزه مشايخنا
ومنهم من حقق الخلاف في النفل المطلق بين ابي يوسف وبين محمد رحمهم الله

والمختار انه لا يجوز في الصلوات كلها لان نفل الصبي دون نفل البالغ
حيث لا يلزمه القضا بالافساد بالاجماع ولا يبنى القوي على الضعيف
بخلاف المظنون لانه مجتهد فيه فاعتبر العارض عدما وبخلاف اقتداء
الصبي بالصبي لان الصلوة متحدة فيه ويصف الرجال ثم الصبيان
ثم النساء لقوله عليه السلام ليليني منكم اولوا الاحلام والنهى ولان
المحاذاة مفسدة فيوخرن وان حاذته امرأة وهما مشتركان في صلاة واحدة
فسدت صلوته ان نوى الامام امامتها والقياس ان لا تفسد وهو
قول الشافعي رحمه الله اعتبارا بصلوتها حيث لا تفسد وجه الاستحسان
ما رويناه وانه من المشاهير وهو المخاطب به دونها فيكون هو التارك
لفرض المقام فتفسد صلوته دون صلاتها كالماموم اذا تقدم على الامام
وان لم ينو امامتها لم تضره ولا تجوز صلاتها لان الاشتراك لا يثبت
دونها عندنا خلافا لزفر رحمه الله الا ترى انه يلزمه الترتيب في المقام
فيتوقف على التزامه كالاقتداء وانما يشترط نية الامامة اذا ائتمت
محاذية وان لم يكن بجنبها رجل ففيه روايتان والفرق على احداهما ان
الفساد في الاول لازم وفي الثاني محتمل ومن شرائط المحاذاة ان
يكون الصلوة مشتركة وان يكون مطلقة وان يكون المراة من اهل
الشهوة وان لا يكون بينهما حائل لانها عرفت مفسدة بالنص بخلاف
القياس فيراعى جميع ما ورد به ويكره لهن حضور الجماعات يعني الشواب
منهن لما فيه من خوف الفتنة ولا باس للعجوز ان تخرج في الفجر والمغرب
والعشاء وهذا عند ابي حنيفة وقالا يخرجن في الصلوات كلها لانه لا
فتنة فلا يكره كما في العيد وله ان فرط الشبق حامل فيقع الفتنة غير ان
الفساق انتشارهم في الظهر والعصر والجمعة اما في الفجر والعشاء فهم نائمون
وفي المغرب بالطعام مشغولون والجبانة متسعة فيمكنها الاعتزال عن الرجال
فلا يكره قال ولا يصلي الطاهر خلف من هو في معنى المستحاضة ولا الطا
هرة خلف المستحاضة لان الصحيح اقوى حالا من المعذور والشي لا يتضمن
ما فوقه والامام ضامن بمعنى تضمن صلاته صلاة المقتدي ولا يصلي
القاري خلف الامي ولا المكتسي خلف العاري لقوة حالهما ويجوز ان
يؤم المتيمم المتوضين وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد
لا يجوز لانه طهارة ضرورية والطهارة بالماء اصلية ولهما انه طهارة

مطلقة

مطلقة ولهذا لا يتقدر بقدر الحاجة ويؤم الماسح الغاسلين لان الخف
مانع سراية الحدث الى القدم وما حل بالخف يزيله المسح بخلاف المستحاضة
لان الحدث لم يعتبر شرعا مع قيامه حقيقة ويصلي القائم خلف القاعد
وقال محمد رحمه الله لا يجوز وهو القياس لقوة حال القائم ونحن تركناه
بالنص وهو ما روي انه عليه السلام صلى اخر صلوته قاعدا والقوم خلفه
قيام ويصلي المومي خلف مثله لاستوائهما في الحال الا ان يومي المؤتم
قاعدا والامام مضطجعا لان القعود معتبر فيثبت به القوة ولا يصلي
الذي يركع ويسجد خلف المومي لان حال المقتدي اقوى وفيه خلاف
زفر ولا يصلي المفترض خلف المتنفل لان الاقتداء بناء ووصف الفرضية
معدوم في حق الامام فلا يتحقق البناء على المعدوم قال ولا من يصلي فرضا
خلف من يصلي فرضا اخر لان الاقتداء شركة وموافقة فلا بد من الاتحاد
وعند الشافعي يصح في جميع ذلك لان الاقتداء عنده اداء على سبيل
الموافقة وعندنا معنى التضمن مراعى ويصلي المتنفل خلف المفترض
لان الحاجة في حقه الى اصل الصلوة وهو موجود في حق الامام فيتحقق
البناء ومن اقتدى بامام ثم علم ان امامه محدث اعاد لقوله عليه السلام من
ام قوما ثم ظهر انه كان محدثا او جنبا اعاد صلوته واعادوا وفيه خلاف
الشافعي بناء على ما تقدم ونحن نعتبر معنى التضمن وذلك في الجواز والفساد
قال واذا صلى امي بقوم يقرؤن وبقوم اميين فصلوتهم فاسدة عند
ابي حنيفة وقالا صلوة الامام ومن لا يقرأ تامة لانه معذور ام قوما
معذورين وغير معذورين فصار كما اذا ام العاري عراة ولابسين وله
ان الامام ترك فرض القراءة مع القدرة عليها فتفسد صلوته وهذا
لانه لو اقتدى بالقاري يكون قراءته قراءة له بخلاف تلك المسئلة وامثالها
لان الموجود في حق الامام لا يكون موجودا في حق المقتدي ولو كان يصلي
الامي وحده والقاري وحده جاز هو الصحيح لانه لم يظهر منهما رغبة
في الجماعة فان قرأ الامام في الاوليين ثم قدم في الاخريين اميا فسدت صلاتهم
وقال زفر لا تفسد لتادي فرض القراءة ولنا ان كل ركعة صلوة فلا تخلى
عن القراءة اما تحقيقا او تقديرا ولا تقدير في حق الامي لانعدام الاهلية
وكذا على هذا لو قدمه في التشهد **باب الحدث
في الصلوة** قال رضي الله عنه ومن سبقه الحدث في الصلوة انصرف

فان كان اماما استخلف وتوضى وبنا والقياس ان يستقبل وهو قول
الشافعي رحمه الله لان الحدث ينافيها والمشي والانحراف يفسدانها
فاشبه الحدث العمد ولنا قوله عليه السلام من قاء او رعف في صلوته
او امذى في صلاته فلينصرف وليتوضا وليبن على صلاته ما لم يتكلم
وقال عليه السلام اذا صلى احدكم فقاء او رعف فليضع يده على فمه
وليقدم من لم يسبق بشي والبلوي فيما يسبق دون ما يتعمده فلا يلحق
به والاستيناف افضل تحرزا عن شبهة الخلاف وقيل ان المنفرد
يستقبل والامام والمقتدي يبني صيانة لفضيلة الجماعة والمنفرد ان شا
اتم في منزله وان شا عاد الى مكانه والمقتدي يعود الى مكانه الا ان
يكون امامه قد فرغ او لا يكون بينهما حايل ومن ظن انه احدث فخرج من
المسجد ثم علم انه لم يحدث استقبل الصلوة وان لم يكن خرج من المسجد
يصلي ما بقي والقياس فيهما الاستقبال وهو رواية عن محمد لوجود الانصراف
من غير عذر وجه الاستحسان انه انصرف على قصد الاصلاح الا ترى انه لو
تحقق ما توهمه بنى على صلاته فالحق قصد الاصلاح بحقيقته ما لم يختلف
المكان بالخروج وان كان استخلف فسد لانه عمل كثير من غير عذر وهذا
بخلاف ما اذا ظن انه افتتح على غير وضوء فانصرف حيث تفسد وان لم يخرج
لان الانصراف على سبيل الرفض الا ترى انه لو تحقق ما توهمه يستقبله
وهذا هو الحرف ومكان الصفوف في الصحراء له حكم المسجد ولو تقدم
قدامه فالحد السترة وان لم تكن فمقدار الصفوف خلفه وان كان منفردا
فموضع سجوده من كل جانب وان جن او نام فاحتلم او اغمي عليه استقبل
لانه يندر وجود هذه العوارض فلم يكن في معنى ما ورد به النص وكذلك
اذا قهقه لانه بمنزلة الكلام وهو قاطع وان حصر الامام عن القراءة فقدم
غيره اجزاهم عند ابي حنيفة وقالا لا يجزيهم لانه يندر وجوده وله ان الا
ستخلاف لعلة العجز وهو ههنا الزم والعجز عن القراءة غير نادر ولو
قرا مقدار ما يجوز به الصلوة لا يجوز بالاجماع لعدم الحاجة الى الاستخلا
ف فان سبقه الحدث بعد التشهد توضا وسلم لان التسليم واجب
فلا بد من التوضي لياتي به وان تعمد الحدث في هذه الحالة او تكلم او
عمل عملا ينافي الصلوة تمت صلاته لانه يتعذر البنا لوجود القاطع لكن
لا اعادة عليه لانه لم يبق عليه شي من الاركان فان راى المتيمم الماء

في صلوته بطلت وقد مر من قبل فان راه بعد ما قعد قدر التشهد او كان ماسحا
فانقضت مدة مسحه او خلع خفيه بعمل يسير او كان اميا فتعلم سورة او
عريانا فوجد ثوبا او موميا فقدر على الركوع والسجود او تذكر فائتة عليه
قبل هذه او احدث فاستخلف اميا او طلعت الشمس وهو في الفجر او دخل وقت
العصر في الجمعة او كان ماسحا على الجبيرة فسقطت عن برء او كان صاحب عذر
فانقطع عذره كالمستحاضة ومن بمعناها بطلت الصلوة في قول ابي حنيفة
وقيل الاصل فيه ان الخروج عن الصلوة بصنع المصلي فرض عليه عند
ابي حنيفة وليس بفرض عندهما فاعتراض هذه العوارض عنده في هذه
الحالة كاعتراضها في خلال الصلوة وعندهما كاعتراضها بعد التسليم لهما
ما روينا من حديث ابن مسعود رضي الله عنه وله انه لا يمكنه ادا صلوة
اخرى الا بالخروج من هذه وما لا يتوسل الى الفرض الا به يكون فرضا ومعنى
قوله تمت قاربت التمام والاستخلاف ليس بمفسد حتى يجوز في حق
القاري وانما الفساد ضرورة حكم شرعي وهو عدم صلاحية الامامة
ومن اقتدى بالامام بعد ما صلى ركعة واحدث الامام فقدمه اجزاه
لوجود المشاركة في التحريمة والاولى للامام ان يقدم مدركا لانه اقدر
على اتمام صلوته وينبغي لهذا المسبوق ان لا يتقدم لعجزه عن التسليم ولو
تقدم يبتدي من حيث انتهى اليه الامام لقيامه مقامه واذا انتهى
الى السلام يقدم مدركا يسلم بهم فلو انه حين اتم صلوة الامام قهقه
او احدث متعمدا او تكلم او خرج من المسجد فسدت صلوته وصلاة
القوم تامة لان المفسد في حقه وجد في خلال الصلوة وفي حقهم بعد
تمام اركانها والامام الاول ان كان فرغ لا تفسد صلوته وان لم يفرغ تفسد
هو الاصح فان لم يحدث الامام الاول وقعد قدر التشهد ثم قهقه او
احدث متعمدا فسدت صلوة الذي لم يدرك اول صلاته عند ابي حنيفة
وقالا لا تفسد وان تكلم او خرج من المسجد لم يفسد في قولهم جميعا
لهما ان صلاة المقتدي بنا على صلاة الامام جوازا وفسادا ولم تفسد
صلاة الامام فكذلك صلوته وصار كالسلام والكلام وله ان القهقهة
مفسدة للجزء الذي تلاقيه من صلاة الامام فيفسد مثله من صلاة المقتدي
غير ان الامام لا يحتاج الى البنا والمسبوق محتاج اليه والبنا على الفاسد
فاسد بخلاف السلام لانه منهي والكلام في معناه وينتقض وضوء الامام

لوجود القهقهة في حرمة الصلوة ومن احدث في ركوعه او سجوده توضا وبنى
ولا يعتد بالذي احدث فيها لان اتمام الركن بالانتقال ومع الحدث لا يتحقق
فلا بد من الاعادة ولو كان اماما فقدم غيره دام المقدم على الركوع لانه
يمكنه الاتمام بالاستدامة ولو ذكر وهو راكع او ساجد ان عليه سجدة
فانحط من ركوعه او رفع راسه من سجوده فسجدها يعيد الركوع والسجود
وهذا بيان الاولى لتقع الافعال مرتبة بالقدر الممكن وان لم يعد اجزاه
لان الانتقال مع الطهارة وعن ابي يوسف رحمه الله انه يلزمه اعادة الر
كوع لان القومة فرض عنده ومن ام رجلا واحدا فاحدث وخرج من المسجد
فالماموم امام نوى او لم ينو لما فيه من صيانة الصلوة وتعيين الاول
لقطع المزاحمة ولا مزاحم هنا ويتم الاول صلوته مقتديا بالثاني كما اذا
استخلفه حقيقة ولو لم يكن خلفه الا صبي وامراة قيل تفسد صلاته
لاستخلاف من لا يصلح للامامة وقيل لا تفسد لانه لم يوجد الاستخلاف
قصدا وهو لا يصلح للامامة والله اعلم باب ما
يفسد الصلوة وما يكره فيها قال رحمه الله ومن تكلم في صلاته عامدا
او ساهيا بطلت صلاته خلافا للشافعي في الخطا والنسيان ومفزعه الحديث
المعروف ولنا قوله عليه السلام ان صلاتنا هذه لا يصلح فيها شي من
كلام الناس وانما هي التسبيح والتهليل وقراءة القران وما رواه محمول
على رفع الاثم بخلاف السلام ساهيا لانه من الاذكار فيعتبر ذكرا في حالة
النسيان وكلاما في حالة التعمد لما فيه من كاف الخطاب وان ان فيها او تاوه
او بكا فارتفع بكاوه ان كان من ذكر الجنة او النار لم يقطعها لانه يدل على
زيادة الخشوع وان كان من وجع او مصيبة قطعها لان فيه اظهار الجزع
والتاسف وكان من كلام الناس وعن ابي يوسف ان قوله اه لم يفسد
في الحالين واوه يفسد وقيل الاصل عنده ان الكلمة اذا اشتملت على
حرفين وهما زائدتان او احدهما لا تفسد وان كانتا اصليتين تفسد
وحروف الزوايد جمعوها في قوله اليوم تنساه وهذا لا يقوى لان كلام الناس
في متفاهم العرف يتبع حروف الهجا وافهام المعنى ويتحقق ذلك في حروف
كلها زوايد وان تنحنح بغير عذر بان لم يكن مدفوعا اليه وحصل به الحروف
ينبغي ان يفسد عندهما وان كان بعذر فهو عفو كالعطاس والجشا اذا حصل
به حروف ومن عطس فقال له اخر يرحمك الله وهو في الصلوة فسد ت

[illegible]

صلوته لانه يجري في مخاطبات الناس وكان من كلامهم بخلاف ما اذا قال العاطس
او السامع الحمد لله على ما قالوا لانه لم يتعارف جوابا وان استفتح ففتح
عليه في صلوته فسدت صلوته ومعناه ان يفتح المصلي على غير امامه لانه
تعليم وتعلم وكان من كلام الناس ثم شرط التكرار في الاصل لانه ليس من
اعمال الصلوة فيعفى القليل منه ولم يشترط في الجامع الصغير لان الكلام
نفسه قاطع وان قل وان فتح على امامه لم يكن كلاما استحسانا لانه مضطر
الى اصلاح صلاته فكان هذا من اعمال صلوته معنى وينوي الفتح على امامه
دون القراءة هو الصحيح لانه مرخص فيه وقراءته ممنوع عنه ولو كان
الامام انتقل الى اية اخرى تفسد صلاة الفاتح وتفسد صلوة الامام
لو اخذ بقوله لوجود التلقين والتلقن من غير ضرورة وينبغي للمقتدي
ان لا يعجل بالفتح وللامام ان لا يلجئهم اليه بل يركع اذا جاء اوانه او
ينتقل الى اية اخرى ولو اجاب رجلا في الصلوة بلا اله الا الله فهذا كلام
مفسد عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا يكون مفسدا وهذا
الخلاف فيما اذا اراد جوابه له انه ثنا بصيغته ولا يتغير بعزيمته ولهما انه
اخرج الكلام مخرج الجواب وهو يحتمله فيجعل جوابا كالتشميت والاسترجاع
على الخلاف في الصحيح فان اراد اعلامه انه في الصلوة لم
يفسد بالاجماع لقوله عليه السلام اذا نابت احدكم نائبة في الصلوة
فليسبح ومن صلى ركعة من الظهر ثم افتتح العصر او التطوع فقد نقض الظهر
لانه صح شروعه في غيره فيخرج عنه ولو افتتح الظهر بعد ما صلى ركعة منها فهي
هي ويجتزي بتلك الركعة لانه نوى الشروع في عين ما هو فيه فلغت نيته
وبقي المنوي على حاله واذا قرا الامام من المصحف فسدت صلوته عند ابي
حنيفة وقالا هي تامة لانها عبادة انضافت الى عبادة الا انه يكره لانه تشبه
بصنيع اهل الكتاب ولابي حنيفة ان حمل المصحف والنظر فيه وتقليب الاوراق
عمل كثير ولانه تلقن من المصحف وصار كما اذا تلقن من غيره وعلى هذا
لا فرق بين الموضوع والمحمول وعلى الاول يفترق ولو نظر الى مكتوب وفهمه
فالصحيح انه لا تفسد صلاته بالاجماع بخلاف ما اذا حلف لا يقرا كتاب فلان
حيث يحنث بالفهم عند محمد لان المقصود هنالك الفهم اما فساد الصلوة بالعمل
الكثير وان مرت امراة بين يدي المصلي لم يقطع الصلوة لقوله عليه السلام
لا يقطع الصلوة مرور شي الا ان المار اثم لقوله عليه السلام لو علم المار بين

يدي المصلي ماذا عليه من الوزر لوقف اربعين وانما يأثم اذا مر في موضع
سجوده على ما قيل ولا يكون بينهما حائل ويحاذي اعضاء المار اعضاءه لو كان
يصلي على الدكان وينبغي لمن يصلي في الصحراء ان يتخذ امامه سترة لقوله عليه
السلام اذا صلى احدكم في الصحراء فليجعل بين يديه سترة ومقدارها
ذراع فصاعدا لقوله عليه السلام ايعجز احدكم اذا صلى في الصحراء ان يكون
امامه مثل مؤخرة الرحل وقيل ينبغي ان يكون في غلظ الاصبع لان ما
دونه لا يبدو للناظر من بعيد فلا يحصل المقصود ويقرب من السترة
لقوله عليه السلام من صلى الى سترة فليدن منها ويجعل السترة على حاجبه
الايمن او على الايسر به ورد الاثر وسترة الامام سترة للقوم لما روي انه عليه
السلام صلى ببطحاء مكة الى عنزة ولم يكن للقوم سترة ويعتبر الغرز دون
الالقاء والخط لان المقصود لا يحصل به ويدرأ المار اذا لم يكن بين يديه
سترة او مر بينه وبين السترة لقوله عليه السلام فادرؤوا ما استطعتم
ويدرء بالاشارة كما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم بولدي ام
سلمة او يدفع بالتسبيح لما روينا من قبل ويكره الجمع بينهما لان باحدها
كفاية والله اعلم فصل ويكره للمصلي ان يعبث بثوبه
او بجسده لقوله عليه السلام ان الله تعالى كره لكم ثلاثا وذكر منها
العبث في الصلوة ولان العبث خارج الصلوة حرام فما ظنك في الصلوة
ولا يقلب الحصى لانه نوع عبث الا ان لا يمكنه السجود فيسويه مرة واحدة
لقوله عليه السلام مرة يا ابا ذر والا فذر ولان فيه اصلاح صلوته
ولا يفرقع اصابعه لقوله عليه السلام لا تفرقع اصابعك وانت تصلي
ولا يتخصر وهو وضع اليد على الخاصرة لانه عليه السلام نهى عن الاختصار
في الصلوة ولان فيه ترك الوضع المسنون ولا يلتفت لقوله عليه السلام
لو علم المصلي من يناجي ما التفت فلو نظر بمؤخر عينيه يمنة ويسرة من غير
ان يلوي عنقه لا يكره لانه عليه السلام كان يلاحظ اصحابه في صلوته
بموق عينيه ولا يقعي ولا يفترش ذراعيه لقول ابي ذر رضي الله عنه
نهاني خليلي عن ثلاث ان انقر نقر الديك وان اقعي اقعاء الكلب وان
افترش افتراش الثعلب والاقعاء ان يضع اليتيه على الارض وينصب
ركبتيه نصبا ولا يرد السلام بلسانه لانه كلام ولا بيده لانه سلام معنى
حتى لو صافح بنية التسليم تفسد صلوته ولا يرد الا من عنده لان فيه

ترك

ترك سنة القعود ولا يعقص شعره وهو ان يجمع شعره على هامته ويشده
بخيط او بصمغ ليتلبد فقد روي انه عليه السلام نهى ان يصلي الرجل وهو
معقوص ولا يكف ثوبه لانه نوع تجبر ولا يسدل ثوبه لانه عليه السلام
نهى عن السدل وهو ان يجعل ثوبه على رأسه وكتفيه ثم يرسل اطرافه من
جوانبه ولا يأكل ولا يشرب لانه ليس من اعمال الصلوة وان اكل او شرب
عامدا او ناسيا فسدت صلوته لانه عمل كثير وحالة الصلوة مذكرة
ولا بأس بان يكون مقام الامام في المسجد وسجوده في الطاق ويكره ان
يقوم في الطاق لانه يشبه صنيع اهل الكتاب من حيث تخصيص الامام
بالمكان بخلاف ما اذا كان سجوده في الطاق ويكره ان يكون الامام وحده
على الدكان لما قلنا وكذا على العكس في ظاهر الرواية لانه ازدراء بالا مام
ولا بأس بان يصلي الى ظهر رجل قاعد يتحدث لان ابن عمر رضي الله عنهما
ربما كان يستتر بنافع في بعض اسفاره ولا بأس بان يصلي وبين يديه مصحف
معلق او سيف معلق لانهما لا يعبدان وباعتباره يثبت الكراهة
ولا بأس بان يصلي على بساط فيه تصاوير لان فيه استهانة بالصورة ولا
يسجد على التصاوير لانه يشبه عبادة الصورة واطلق الكراهة في الاصل
لان المصلى معظم ويكره ان يكون فوق رأسه في السقف او بين يديه
او بحذائه تصاوير او صورة معلقة لحديث جبريل عليه السلام انا
لا ندخل بيتا فيه كلب او صورة ولو كانت الصورة صغيرة بحيث لا تبدو
للناظر لا يكره لان الصغار جدا لا تعبد واذا كان التمثال مقطوع الرأس
اي ممحو الرأس فليس بتمثال لانه لا يعبد بدون الرأس وصار كما اذا صلى
الى شمع او سراج على ما قالوا ولو كانت الصورة على وسادة ملقاة او
على بساط مفروش لا يكره لانها تداس وتوطأ بخلاف ما اذا كانت الوسادة
منصوبة او كانت على الستر لانه تعظيم لها واشدها كراهة ان يكون
امام المصلي ثم من فوق رأسه ثم على يمينه ثم على شماله ثم خلفه فلو لبس
ثوبا فيه تصاوير يكره لانه يشبه حامل الصنم والصلوة جائزة في جميع
ذلك لاستجماع شرائطها وتعاد على وجه غير مكروه وهو الحكم في كل صلاة
اديت مع الكراهة ولا يكره تمثال غير ذي الروح لانه لا يعبد ولا بأس بقتل
الحية والعقرب في الصلوة لقوله عليه السلام اقتلوا الاسودين ولو
كنتم في الصلوة ولان فيه ازالة الشغل فاشبه درء المار وينوي بجميع

انواع الحيات هو الصحيح لاطلاق ما روينا ويكره عد الآي والتسبيحات في
الصلوة باليد وكذلك عد السور لان ذلك ليس من اعمال الصلوة وعن ابي
يوسف ومحمد لا باس بذلك في الفرايض والنوافل جميعا مراعاة لسنة القراءة
والعمل بما جاءت به السنة قلنا يمكنه ان يعد ذلك قبل الشروع فيستغني عن
العد بعده فصل ويكره استقبال القبلة بالفرج في الخلاء لانه عليه
السلام نهى عن ذلك والاستدبار يكره في رواية لما فيه من ترك التعظيم
ولا يكره في رواية لان المستدبر فرجه غير مواز للقبلة وما ينحط منه ينحط الى
ويكره المجامعة فوق المسجد والبول والتخلي لان سطح المسجد له حكم المسجد حتى
يصح الاقتداء من تحته ولا يبطل الاعتكاف بالصعود اليه ولا يحل للجنب
الوقوف عليه ولا باس بالبول فوق بيت فيه مسجد والمراد ما اعد للصلوة في
البيت لانه لم ياخذ حكم المسجد وان ندبنا اليه ويكره ان يغلق باب المسجد لانه
يشبه المنع من الصلوة وقيل لا باس به اذا خيف على متاع المسجد في غير اوان الصلوة
ولا باس بان ينقش المسجد بالجص والساج وماء الذهب وقوله لا باس يشير الى
انه لا يوجر عليه لكنه لا ياثم به وقيل هو قربة وهذا اذا فعل من مال نفسه
اما المتولي يفعل من مال الوقف ما يرجع الى احكام البناء دون ما يرجع الى
النقش حتى لو فعل يضمن باب صلوة الوتر قال رحمه الله
الوتر واجب عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا سنة لظهور اثار السنن فيه
حيث لا يكفر جاحده ولا يوذن له ولابي حنيفة قوله عليه السلام ان الله تعالى
زادكم صلاة الا وهي الوتر فصلوها ما بين العشاء الى طلوع الفجر امر وهو للوجوب
ولهذا وجب القضاء بالاجماع وانما لا يكفر جاحده لان وجوبه ثبت بالسنة
وهو المعنى بما روي عنه انه سنة وهو يودي في وقت العشاء فاكتفي باذانه و
اقامته قال الوتر ثلاث ركعات لا يفصل بينهن بسلام لما روي عايشة رضي الله
عنها انه عليه السلام كان يوتر بثلاث وحكى الحسن اجماع المسلمين على الثلاث
وهذا احد قولي الشافعي وفي قول يوتر بتسليمتين وهو قول مالك والحجة
عليه ما روينا ويقنت في الثالثة قبل الركوع وقال الشافعي بعده لما روي انه عليه
السلام قنت في اخر الوتر وهو بعد الركوع ولنا ما روي انه عليه السلام
قنت قبل الركوع وما زاد على نصف الشيء اخره ويقنت في جميع السنة خلافا
للشافعي في غير النصف الاخير من رمضان لقوله عليه السلام لحسن حين علمه
دعا القنوت اجعل هذا في وترك من غير فصل ويقرا في كل ركعة من الوتر فاتحة الكتاب

وسورة لقوله تعالى فاقرؤا ما تيسر من القرآن وان اراد ان يقنت كبر لان الحالة
قد اختلفت ورفع يديه وقنت لقوله عليه السلام لا ترفع الايدي الا في سبع
مواطن وذكر منها القنوت ولا يقنت في صلوة غيرها خلافا للشافعي في الفجر لما
روى ابن مسعود رضي الله عنه انه عليه السلام قنت في صلوة الفجر شهرا
ثم تركه فان قنت الامام في صلوة الفجر يسكت من خلفه عند ابي حنيفة ومحمد
وقال ابو يوسف يتبعه لانه تبع للامامة والقنوت مجتهد فيه
ولهما انه منسوخ ولا متابعة فيه ثم قيل يقف قائما ليتابعه فيما تجب متابعته
وقيل يقعد تحقيقا للمخالفة لان الساكت شريك الداعي والاول اظهر
ودلت المسئلة على جواز الاقتداء بالشفعوية وعلى المتابعة في قراءة القنوت
في الوتر واذا علم المقتدي منه ما يزعم به فساد صلوته كالفصد وغيره لا
يجزيه الاقتداء به والمختار في القنوت الاخفاء لانه دعاء باب
النوافل قال رحمه الله السنة ركعتان قبل الفجر واربع قبل الظهر
وبعدها ركعتان واربع قبل العصر وان شاء ركعتين وركعتان بعد
المغرب واربع قبل العشاء واربع بعدها وان شاء ركعتين والاصل
فيه قوله عليه السلام من ثابر على ثنتي عشرة ركعة في اليوم والليلة
بنى الله له بيتا في الجنة وفسر على نحو ما ذكر في الكتاب غير انه لم يذكر الاربع قبل
العصر فلهذا سماه في الاصل حسنا وخير لاختلاف الاثار والافضل هو
الاربع ولم يذكر الاربع قبل العشاء ولهذا كان مستحبا لعدم المواظبة
وذكر فيه ركعتين بعد العشاء وفي غيره ذكر الاربع فلهذا خير لان الاربع
افضل خصوصا عند ابي حنيفة على ما عرف من مذهبه والاربع قبل
الظهر بتسليمة عندنا كذا قاله رسول الله صلى الله عليه وسلم وفيه
خلاف الشافعي قال ونوافل النهار ان شاء صلى بتسليمة ركعتين وان شاء
اربعا ويكره الزيادة على ذلك فاما نافلة الليل قال ابو حنيفة ان صلى
ثماني ركعات بتسليمة جاز ويكره الزيادة وقالا لا يزيد بالليل على
ركعتين بتسليمة وفي الجامع الصغير لم يذكر الثماني في صلوة الليل ودليل
الكراهة انه عليه السلام لم يزد على ذلك ولولا الكراهة لزاد تعليما للجواز
والافضل في الليل عند ابي يوسف ومحمد مثنى مثنى وفي النهار اربع اربع وعند
الشافعي مثنى مثنى فيهما وعند ابي حنيفة فيهما اربع اربع للشافعي قوله
عليه السلام صلوة الليل والنهار مثنى مثنى ولهما الاعتبار بالتراويح ولابي

حنيفة انه عليه السلام كان يصلي بعد العشاء اربعا روته عايشة رضي الله عنها
وكان صلى الله عليه وسلم يواظب على الاربع في الضحى ولانه ادوم تحريمة فيكون
اكثر مشقة وازيد فضيلة ولهذا لو نذر ان يصلي اربعا بتسليمة لا يخرج عنه
بتسليمتين وعلى القلب يخرج والتراويح تؤدي بجماعة فيراعى فيها جهة
التيسير ومعنى ما رواه شفعا لا وترا **فصــل** القراءة في الفرض
واجبة في الركعتين وقال الشافعي في الركعات كلها لقوله عليه السلام لا صلوة
الا بالقراءة وكل صلاة ركعة وقال مالك رحمه الله في ثلاث ركعات اقامة
للاكثر مقام الكل تيسيرا ولنا ان الامر بالفعل لا يقتضي التكرار وانما
اوجبنا في الثانية استدلالا بالاولى لانهما يتشاكلان من كل وجه فاما الاخريان
فيفارقهما في حق السقوط بالسفر وصفة القراءة وقدرها فلا يلحقان بهما
والصلوة فيما روي مذكورة صريحا فينصرف الى الكاملة وهي الركعتان
عرفا كمن حلف لا يصلي صلاة بخلاف ما اذا حلف لا يصلي وهو مخير في
الاخريين معناه ان شاء سكت وان شاء قرا وان شاء سبح كذا روي عن ابي
حنيفة وهو الماثور عن علي وابن مسعود وعايشة رضي الله عنهم الا ان
الافضل ان يقرا لانه عليه السلام داوم على ذلك ولهذا لا يجب السهو بتركها
في ظاهر الرواية والقراءة واجبة في جميع ركعات النفل وفي جميع ركعات
الوتر اما النفل فلان كل شفع منه صلوة على حدة والقيام الى الثالثة كتحريمة
مبتداة ولهذا لا يجب بالتحريمة الاولى الا ركعتان في المشهور عن اصحابنا
ولهذا قالوا يستفتح في الثالثة واما الوتر فللاحتياط قال ومن شرع في
نافلة افسدها وقال الشافعي لا قضاء عليه لانه متبرع فيه ولا لزوم على
المتبرع ولنا ان المؤدى وقع قربة فيلزم الاتمام ضرورة صيانته عن البطلان
وان صلى اربعا وقرا في الاوليين وقعد ثم افسد الاخريين قضى ركعتين
لان الشفع الاول قد تم والقيام الى الثالثة بمنزلة تحريمة مبتداة فيكون
ملزما هذا اذا افسد الاخريين بعد الشروع فيهما وان افسد قبل الشروع
في الشفع الثاني لا يقضي الاخريين وعن ابي يوسف رحمه الله انه يقضي اعتبارا
بالشروع بالنذر ولهما ان الشروع يلزم ما شرع فيه وما لا صحة له الا به
وصحة الشفع الاول لا تتعلق بالثاني بخلاف الركعة الثانية وعلى هذا سنة
الظهر لانها نافلة وقيل يقضي اربعا احتياطا لانها بمنزلة صلوة واحدة وان صلى
اربعا ولم يقرا فيهن شيئا اعاد ركعتين وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف

يقضي

يقضي اربعا وهذه المسألة على ثمانية اوجه والاصل فيها ان عند محمد رحمه الله
ترك القراءة في الاوليين او في احديهما يوجب بطلان التحريمة لانها تعقد
للافعال وعند ابي يوسف ترك القراءة في الشفع الاول لا يوجب بطلان
التحريمة وانما توجب فساد الاداء لان القراءة ركن زايد الا ترى ان للصلوة
وجودا بدونها غير انه لا صحة للاداء الا بها وفساد الاداء لا يزيد على تركه
فلا يبطل التحريمة وعند ابي حنيفة ترك القراءة في الاوليين يوجب بطلان التحريمة وفي احديهما لا يوجب لان كل شفع من التطوع صلوة على
حدة وفسادها بترك القراءة في ركعة واحدة مجتهد فيه فقضينا بالفساد
في وجوب القضاء وحكمنا ببقاء التحريمة في حق لزوم الشفع الثاني احتياطا
اذا ثبت نقول اذا لم يقرا في الكل ركعتين عندهما لان التحريمة قد بطلت
بترك القراءة في الشفع الاول عندهما فلم يصح الشروع في الثاني وبقيت
عند ابي يوسف فصح الشروع في الشفع الثاني ثم فسد الكل بترك القراءة فيه
فعليه قضاء الاربع عنده واذا قرا في الاوليين لا غير فعليه قضاء الاخريين
بالاجماع لان التحريمة لم تبطل فصح الشروع في الشفع الثاني ثم فساده
بترك القراءة لا يوجب فساد الشفع الاول ولو قرا في الاخريين لا غير
فعليه قضاء الاوليين بالاجماع لان عندهما لم يصح الشروع في الشفع الثاني
وعند ابي يوسف ان صح فقد اداها ولو قرا في الاوليين واحدى الاخريين
فعليه قضاء الاخريين بالاجماع واذا قرا في الاخريين واحدى الاوليين فعليه
قضاء الاوليين بالاجماع ولو قرا في احدى الاوليين واحدى الاخريين على قول
ابي يوسف عليه قضاء الاربع وكذا عند ابي حنيفة لان التحريمة باقية وعند
محمد قضاء الاوليين لان التحريمة قد ارتفعت عنده وقد انكر ابو يوسف هذه
الرواية عنه وقال رويت لك عن ابي حنيفة انه يلزمه قضاء ركعتين ومحمد
لم يرجع عن روايته عنه ولو قرا في احدى الاوليين لا غير قضى اربعا عندهما
وعند محمد ركعتين ولو قرا في احدى الاخريين لا غير قضى اربعا عند ابي يوسف
وعندهما ركعتين **قال** وتفسير قوله عليه السلام لا يصلى بعد صلوة
مثلها يعني ركعتين بقراءة وركعتين بغير قراءة فيكون بيان فرضية القراءة في
النفل كلها ويصلي النافلة قاعدا مع القدرة على القيام لقوله عليه السلام صلوة
القاعد على النصف من صلاة القايم ولان الصلوة خير موضوع وربما يشق
عليه القيام فقوله عليه السلام فيجوز له تركه كيلا ينقطع عنه واختلفوا
في كيفية القعود والمختار ان يقعد كما يقعد في حالة التشهد لانه عهد مشروعا

في الصلوات وان افتتحها قايما ثم قعد من غير عذر جاز عند ابي حنيفة وهذا استحسان
وعندهما لا يجزيه وهو قياس لان الشروع معتبر بالنذر وله انه باشر القيام
فيما بقي ولما باشر صحة بدونه بخلاف النذر لانه التزمه نصا حتى لو لم ينص
على القيام لا يلزمه القيام عند بعض المشايخ ومن كان خارج المصر يتنفل
على دابته الى اي جهة توجهت يومي ايماء لحديث ابن عمر قال رايت رسول الله
صلى الله عليه وسلم يصلي على حمار وهو متوجه الى خيبر يومي ايماء ولان
النوافل غير مختصة بوقت فلو الزمناه النزول والاستقبال ينقطع عنه
النافلة او ينقطع عن القافلة اما الفرايض فمختصة بوقت والسنن
الرواتب نوافل وعن ابي حنيفة انه ينزل لسنة الفجر لانها آكد من غيرها
والتقييد بخارج المصر ينفي اشتراط السفر والجواز في المصر وعن ابي يوسف
انه يجوز في المصر ايضا ووجه الظاهر ان النص ورد خارج المصر والحاجة الى
الركوب فيه اغلب فان افتتح التطوع راكبا ثم نزل يبني وان صلى ركعة نازلا
ثم ركب استقبل لان احرام الراكب انعقد مجوزا للركوع والسجود فلا يقدر
على ترك ما لزمه من غير عذر وعن ابي يوسف انه يستقبل اذا نزل ايضا وكذا
عن محمد اذا نزل بعد ما صلى ركعة والاصح هو الظاهر والله اعلم

فصل في قيام رمضان

قال رضي الله عنه يستحب ان يجتمع الناس في شهر رمضان
بعد العشا فيصلي بهم امامهم خمس ترويحات كل ترويحة بتسليمتين و يجلس
بين كل ترويحتين مقدار ترويحة ثم يوتر بهم ذكر لفظ الاستحباب والاصح
انها سنة كذا روى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله لانه واظب عليها الخلفا
الراشدون والنبي عليه السلام بين العذر في تركه المواظبة وهو خشية
ان يكتب علينا والسنة فيها الجماعة لكن على وجه الكفاية حتى لو امتنع اهل
المسجد عن اقامتها كانوا مسيئين ولو اقامها فالمتخلف عن الجماعة تارك
للفضيلة لان افراد الصحابة روي عنهم التخلف والمستحب في الجلوس
بين الترويحتين مقدار الترويحة وكذا بين الخامسة وبين الوتر لعادة
اهل الحرمين واستحسن البعض الاستراحة على خمس تسليمات وليس بصحيح
وقوله ثم يوتر بهم يشير الى ان وقته بعد العشا قبل الوتر وبه قال
عامة المشايخ والاصح ان وقتها بعد العشا الى اخر الليل قبل الوتر وبعده
لانها نوافل سنة بعد العشا ولم يذكر قدر القراة واكثر المشايخ رحمهم الله
على ان السنة فيها الختم مرة فلا يترك لكسل القوم بخلاف ما بعد التشهد

من الدعوات حيث يتركها لانها ليست بسنة ولا يصلي الوتر بجماعة في غير
شهر رمضان عليه اجماع المسلمين والله اعلم

باب ادراك الفريضة

قال رحمه الله ومن صلى ركعة من الظهر ثم اقيمت يصلي
اخرى صيانة للمودى على البطلان ثم يدخل مع القوم احرازا لفضيلة
الجماعة وان لم يقيد الاولى بالسجدة يقطع ويشرع مع الامام هو الصحيح
لانه بمحل الرفض والقطع للاكمال بخلاف ما اذا كان في النفل لانه ليس
للاكمال ولو كان في السنة قبل الظهر او الجمعة فاقيم او خطب يقطع على
راس الركعتين برواية عن ابي يوسف رحمه الله وقيل يتمها لان
للاكثر حكم الكل فلا يحتمل النقض بخلاف ما اذا كان في الثالثة بعد ولم
يقيدها بالسجدة حيث يقطعها لانه بمحل الرفض ويتخير ان شاء عاد
وسلم وان شاء كبر قايما للدخول في صلوة الامام واذا اتمها يدخل مع
القوم والذي يصلي معهم نافلة لان الفرض لا يتكرر في وقت واحد فان
صلى من الفجر ركعة ثم اقيمت يقطع ويدخل معهم لانه لو اضاف اليها اخرى
تفوته الجماعة وكذا اذا قام الى الثانية قبل ان يقيدها بالسجدة وبعد
الاتمام لا يشرع في صلوة الامام لكراهة النفل وكذا بعد العصر لما قلنا
وكذا بعد المغرب في ظاهر الرواية لان التنفل بالثلاث مكروه وفي
جعلها اربعا مخالفة امامه ومن دخل مسجدا قد اذن فيه يكره له ان يخرج
حتى يصلي لقوله عليه السلام لا يخرج من المسجد بعد النداء الا منافق
او رجل يخرج لحاجة يريد الرجوع قال الا اذا كان ينتظم امر جماعة لانه
ترك صورة تكميل معنى فان كان قد صلى وكانت الظهر او العشا فلا
باس بان يخرج لانه اجاب داعي الله مرة الا اذا اخذ المؤذن في الاقامة
لانه يتهم بمخالفة الجماعة عيانا وان كانت العصر او المغرب او الفجر
خرج وان اخذ فيها لكراهة التنفل بعدها ومن انتهى الى الامام في صلوة
الفجر وهو لم يصل ركعتي الفجر ان خشي ان تفوته ركعة ويدرك الاخرى
يصلي ركعتي الفجر عند باب المسجد ثم يدخل مع الامام لانه امكنه
الجمع بين الفضيلتين وان خشي فوتهما دخل مع الامام لان ثواب الجماعة
اعظم والوعيد بالترك الزم بخلاف سنة الظهر حيث يتركها في الحالين
لانه يمكن اداوها في الوقت بعد الفرض هو الصحيح وانما الاختلاف
بين ابي يوسف ومحمد في تقديمها على الركعتين وتاخيرها عنهما ولا

كذلك سنة الفجر على ما بينا ان شاء الله تعالى والتقييد بعند باب المسجد
يدل على الكراهة في المسجد اذا كان الامام في الصلوة والافضل في عامة
السنن والنوافل اداها في المنزل هو المروي عن النبي عليه السلام قال
واذا فاتته ركعتا الفجر لا يقضيهما قبل طلوع الشمس لانه يبقى نفلا مطلقا
وهو مكروه بعد الصبح وقال محمد رحمه الله ولا بعد ارتفاعها عند ابي
حنيفة وابي يوسف وقال محمد احب الي ان يقضيهما الى وقت الزوال
لانه عليه السلام قضاهما بعد ارتفاع الشمس غداة ليلة التعريس ولهما
ان الاصل في السنة ان لا يقضى لاختصاص القضاء بالواجب والحديث
ورد في قضائها تبعا للفرض فبقي ما وراءه على الاصل وانما يقضى تبعا له
وهو يصلي بالجماعة او وحده الى وقت الزوال وفيما بعده اختلاف المشايخ
رحمهم الله واما سائر السنن سواها فلا يقضى بعد الوقت وحدها واختلف
المشايخ في قضائها تبعا للفرض ومن ادرك من الظهر ركعة ولم يدرك
الثلاث فانه لم يصل الظهر في جماعة وقال محمد رحمه الله قد ادرك
فضل الجماعة لان من ادرك آخر الشيء فقد ادركه وصار محرزا ثواب الجماعة
لكنه لم يصلها بالجماعة حقيقة ولهذا يحنث به في يمينه لا يدرك
الجماعة ولا يحنث في يمينه لا يصلي الظهر بالجماعة ومن اتى مسجدا قد
صلى فيه فلا باس بان يتطوع قبل المكتوبة ما بدا له ما دام في الوقت ومراده
اذا كان في الوقت سعة وان كان فيه ضيق تركه قيل هذا في غير سنة الظهر
والفجر لان لهما زيادة مزية قال عليه السلام في سنة الفجر صلوها
وان طردتكم الخيل وقال في الاخرى من ترك الاربع قبل الظهر لم تنله
شفاعتي وقيل هذا في الجميع لانه عليه السلام واظب عليها عند اداء المكتوبة
بالجماعة ولا سنة دون المواظبة والاولى ان لا يتركها في الاحوال كلها لكونها
مكملات للفرائض الا اذا خاف فوت الوقت ومن انتهى الى الامام
في ركوعه فكبر ووقف حتى رفع الامام راسه لا يصير مدركا لتلك الركعة
خلافا لزفر رحمه الله وهو يقول ادرك الامام فيما له حكم القيام ولنا
ان الشرط هو المشاركة في افعال الصلوة ولم يوجد لا في القيام ولا في
الركوع ولو ركع المقتدي قبل امامه فادركه الامام فيه جاز وقال
زفر رحمه الله لا يجزيه لان ما اتى به قبل الامام غير معتد به فكذا ما يبنيه
ولنا ان الشرط هو المشاركة في جزء واحد كما في الطرف باب

قضاء الفوائت قال رحمه الله ومن فاتته صلوة قضاها اذا ذكرها وقدمها
على فرض الوقت والاصل ان الترتيب بين الفوائت وفرض الوقت عندنا
مستحق وعند الشافعي مستحب لان كل فرض اصل بنفسه فلا يكون
شرطا لغيره ولنا قوله عليه السلام من نام عن صلوة او نسيها فلم يذكرها
الا وهو مع الامام فليصل التي هو فيها ثم ليصل التي ذكرها ثم ليعيد
التي صلى مع الامام ولو خاف فوت الوقت يقدم الوقتية ثم يقضيها
لان الترتيب يسقط لضيق الوقت وكذا بالنسيان وكثرة الفوائت
كيلا يؤدي الى تفويت الوقتية ولو قدم الفائتة جاز لان النهي عن
تقديمها لمعنى في غيرها بخلاف ما اذا كان في الوقت سعة وقدم
الوقتية حيث لا يجوز لانه اداها قبل وقتها الثابت بالحديث ولو
فاتته صلوات رتبها في القضاء كما وجبت في الاصل لان النبي عليه السلام
شغل عن اربع صلوات يوم الخندق فقضاهن مرتبا ثم قال صلوا
كما رايتموني اصلي الا ان تزيد الفوائت على ست صلوات لان الفوائت قد
كثرت فيسقط الترتيب فيما بين الفوائت نفسها كما سقط بينها و
بين الوقتية وحد الكثرة ان يصير الفوائت ستا بخروج وقت الصلوة
السادسة وهو المراد بالمذكور في الجامع الصغير وهو قوله وان فاتته
اكثر من صلوة يوم وليلة اجزته التي بدا بها لانه اذا زاد على يوم وليلة
يصير ستا وعن محمد انه اعتبر دخول وقت السادسة والاول هو الصحيح
لان الكثرة بالدخول في حد التكرار وذلك في الاول ولو اجتمعت الفوائت
القديمة والحديثة قيل تجوز الوقتية مع تذكر الحديثة لكثرة الفوائت
وقيل لا تجوز ويجعل الماضي كان لم يكن زجرا عن التهاون ولو قضى
بعض الفوائت حتى قل ما بقي عاد الترتيب عند البعض وهو الاظهر
فانه روي عن محمد فيمن ترك صلوة يوم وليلة وجعل يقضي من الغد
مع كل وقتية فائتة فالفوائت جائزة على كل حال والوقتيات فاسدة
ان قدمها لدخول الفوائت في حد القلة وان اخرها فكذلك الا العشاء
الاخيرة لانه لا فائتة عليه في ظنه حال ادائها ومن صلى العصر وهو
ذاكر انه لم يصل الظهر فهي فاسدة الا اذا كان في آخر الوقت
وهي مسئلة الترتيب واذا فسدت الفرضية لا يبطل اصل الصلوة
عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد يبطل لان التحريمة عقدت

الفرض فاذا بطلت الفرضية بطلت وهما انها عقدت لاجل الصلوة بوصف
فلم يكن ضرورة بطلان الوصف بطلان الاصل ثم العصر يفسد فسادا حتى لو
صلى ست صلوات ولم يعد الظهر انقلب الكل جايزا وهذا عند ابي حنيفة
وعندهما يفسد فسادا باتا لا جواز له بحال وقد عرف ذلك في موضعه
ولو صلى الفجر انه لم يوتر فهي فاسدة عند ابي حنيفة خلافا لهما وهذا بناء
على ان الوتر واجب عنده سنة عندهما فلا ترتيب فيما بين الفرايض والسنن
وعلى هذا اذا صلى العشاء ثم توضا وصلى السنة والوتر ثم تبين انه صلى
العشاء بغير طهارة عنده يعيد العشاء والوتر والسنة دون الوتر وعندهما
يعيد الوتر ايضا لكونه تبعا للعشاء

باب سجود السهو

يسجد للسهو للزيادة والنقصان سجدتين بعد السلام ثم يتشهد
ثم يسلم وعند الشافعي يسجد قبل السلام لما روي انه عليه السلام سجد
للسهو قبل السلام ولنا قوله عليه السلام لكل سهو سجدتان بعد السلام
وروي انه عليه السلام سجد سجدتي السهو بعد السلام فتعارضت
روايتا فعله فبقي التمسك بقوله ولان سجود السهو مما لا يتكرر فيؤخر
عن السلام حتى لو سهى عن السلام ينجبر به وهذا الخلاف في الاولوية
ويأتي بتسليمتين هو الصحيح صرفا للسلام المذكور الى ما هو المعهود
ويأتي بالصلوة على النبي عليه السلام والدعاء في قعدة السهو هو الصحيح
لان الدعاء موضعه اخر الصلوة قال ويلزمه السهو اذا زاد في صلوته
فعلا من جنسها ليس منها وهذا يدل على ان سجدتي السهو واجبة وهو
الصحيح لانها يجب لجبر نقصان تمكن في العبادة فيكون واجبة كالدما
في الحج فاذا كان واجبا لا يجب الا بترك واجب او تأخيره او تأخير ركن ساهيا
هو الاصل وانما وجب بالزيادة لانها لا تعرى عن تأخير ركن او ترك واجب قال
ويلزمه اذا ترك فعلا مسنونا كانه اراد به فعلا واجبا الا انه اراد
بتسميته سنة ان وجوبها بالسنة قال او ترك قراءة الفاتحة لانها واجبة
او القنوت او التشهد او تكبيرات العيدين لانها واجبات فانه عليه السلام
واظب عليها من غير تركها مرة وهي امارة الوجوب ولانها تضاف الى جميع
الصلوات فدل انها من خصايصها وذلك بالوجوب ثم ذكر التشهد
يحتمل القعدة الاولى والثانية والقراءة فيهما وكل ذلك واجب وفيها
سجدة وهو الصحيح ولو جهر الامام فيما يخفى او خافت فيما يجهر يلزمه

سجدة السهو لان الجهر في موضعه والمخافتة في موضعها من الواجبات واختلف
الرواية في المقدار والاصح قدر ما يجوز به الصلوة في الفصلين لان اليسير
من الجهر والاخفاء لا يمكن الاحتراز عنه وعلى الكثير ممكن وما يصح به الصلوة
كثير غير ان ذلك عنده اية واحدة وعندهما ثلاث ايات وهذا في الامام
دون المنفرد لان الجهر والمخافتة من خصايص الجماعة قال وسهو الامام
يوجب على المؤتم السجود لتقرر السبب الموجب في حق الاصل ولهذا يلزمه
حكم الاقامة بنية الامام فان لم يسجد الامام لم يسجد المؤتم لانه يصير
مخالفا وما التزم الاداء الا متابعا فان سها المؤتم لم يلزم الامام ولا المؤتم
السجود لانه لو سجد وحده كان مخالفا لامامه ولو تابعه الامام ينقلب الاصل
تبعا ومن سها عن القعدة الاولى ثم تذكر وهو الى حالة القعود اقرب عاد
وقعد وتشهد لان ما يقرب الى الشيء ياخذ حكمه ثم قيل يسجد للسهو للتأخير
والاصح انه لا يسجد كما اذا لم يقم ولو كان الى القيام اقرب لم يعد لانه
كالقايم معنى ويسجد للسهو لانه ترك الواجب وان سها عن القعدة الاخيرة
حتى قام الى الخامسة رجع الى القعدة ما لم يسجد لان فيه اصلاح صلوته
وامكنه ذلك لان ما دون الركعة بمحل الرفض قال والغى الخامسة لانه
رجع الى شيء محله قبله فيرتفض ويسجد للسهو لانه اخر واجبا وان قيد الخامسة
بسجدة بطل فرضه عندنا خلافا للشافعي لانه استحكم شروعه في النافلة
قبل اكمال اركان المكتوبة ومن ضرورته الخروج عن الفرض وهذا لان
السجدة الواحدة صلوة حقيقة حتى يحنث بها في يمينه لا يصلي وتحولت
صلوته نفلا عند ابي حنيفة وابي يوسف خلافا لمحمد على ما مر فيضم اليها
ركعة سادسة ولو لم يضم لا شيء عليه لانه مظنون ثم انما يبطل فرضه بوضع
الجبهة عند ابي يوسف لانه سجود كامل وعند محمد برفعه لان تمام
الشيء باخره وهو الرفع ولم يصح مع الحدث وثمرة الاختلاف يظهر فيما
اذا سبقه الحدث في السجود بنى عند محمد خلافا لابي يوسف ولو قعد
في الرابعة ثم قام ولم يسلم عاد الى القعدة ما لم يسجد للخامسة وسلم
لان التسليم في حالة القيام غير مشروع وامكنه الاقامة على وجه المشروع
بالقعود لان ما دون الركعة بمحل الرفض وان قيد الخامسة بالسجدة ثم
تذكر ضم اليها ركعة اخرى وتم فرضه لان الباقي اصابة لفظة السلام وهي
واجبة وانما يضم اليها اخرى ليصير الركعتان نفلا لان الركعة الواحدة لا تجزيه

لنهيه عليه السلام عن البتيراء ولا ينوبان عن سنة الظهر هو الصحيح لان
المواظبة عليها بتحريمة مبتدأة ويسجد للسهو استحسانا لتمكن النقصان في
الفرض بالخروج لا على الوجه المسنون ولو قطعها لم يلزمه القضاء لانه مظنون
ولو اقتدى به انسان فيهما يصلي ستا عند محمد لانه المؤدي بهذه التحريمة
وعندهما ركعتين لانه استحكم خروجه عن الفرض ولو افسده المقتدي فلا
قضاء عليه عند محمد اعتبارا بالامام وعند ابي يوسف رحمه الله يقضي
ركعتين لان السقوط بعارض يخص الامام ومن صلى ركعتين تطوعا
فسهى فيهما وسجد للسهو ثم اراد ان يصلي اخريين لم يبن لان السجود يبطل
لوقوعه في وسط الصلوة بخلاف المسافر اذا سجد للسهو ثم نوى الاقامة
لانه لو لم يبن يبطل جميع الصلوة ومع هذا لو ادى صح لبقاء التحريمة
ومن سلم وعليه سجدتا السهو فدخل رجل في صلاته بعد التسليم فان
سجد الامام كان داخلا والا فلا وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد هو داخل سجد الامام او لم يسجد لان عنده سلام من عليه
السهو لا يخرجه عن الصلوة اصلا لانها وجبت جبرا للنقصان فلا بد
ان يكون في احرام الصلوة وعندهما يخرجه على سبيل التوقف لانه
محلل في نفسه وانما لا يعمل لحاجته الى اداء السجدة فلا يظهر دونها
ولا حاجة على اعتبار عدم العود ويظهر الاختلاف في هذا وفي انتقاض
الطهارة بالقهقهة وتغير الفرض بنية الاقامة في هذه الحالة ومن سلم
يريد قطع الصلوة وعليه سهو فعليه ان يسجد لسهوه لان هذا السلام
غير قاطع ونيته تغيير المشروع فلغت قال ومن شك في صلاته فلم يدر
اثلاثا صلى ام اربعا وذلك اول ما عرض له استانف لقوله عليه السلام
اذا شك احدكم في صلاته انه كم صلى فليستقبل الصلوة وان كان يعرض
له كثيرا بنى على اكبر رايه لقوله عليه السلام من شك في صلاته فليتحر الصواب
وان لم يكن له راي بنى على اليقين لقوله عليه السلام من شك في صلاته
فلم يدر اثلاثا صلى ام اربعا بنى على الاقل والاستقبال بالسلام اولى لانه
عرف محللا دون الكلام ومجرد النية يلغو وعند البناء على الاقل يقعد في
كل موضع يتوهم آخر صلوته كيلا يصير تاركا فرض القعدة والله اعلم

باب صلوة المريض

واذا عجز المريض عن القيام صلى قاعدا
يركع ويسجد لقوله عليه السلام لعمران بن الحصين صل قائما فان لم تستطع

فقاعدا فان لم تستطع فعلى الجنب تومي ايماء ولان الطاعة بحسب الطاقة فان
لم يستطع الركوع والسجود اومى ايماء يعني قاعدا لانه وسع مثله وجعل
سجوده اخفض من ركوعه لانه قائم مقامهما فاخذ حكمهما ولا يرفع الى وجهه
شيئا يسجد عليه لقوله عليه السلام ان قدرت ان تسجد على الارض
فاسجد والا فاوم براسك وان فعل ذلك وهو يخفض راسه اجزاه لو
جود الايماء وان وضع ذلك على جبهته لا يجزيه لانعدامه وان لم يستطع
القعود استلقى على ظهره وجعل رجليه الى القبلة واومى بالركوع و
السجود لقوله عليه السلام يصلي المريض قائما فان لم يستطع فقاعدا
فان لم يستطع فعلى قفاه يومي ايماء فان لم يستطع فالله احق بقبول
العذر منه وان استلقى على جنبه ووجهه الى القبلة جاز لما روينا
من قبل الا ان الاولى هو الاولى عندنا خلافا للشافعي لان اشارة المستلقي
يقع الى هواء الكعبة واشارة المضطجع على جنبه الى جانب قدميه
وبه تتادى الصلوة فان لم يستطع الايماء براسه اخرت عنه ولا يومي
بعينه ولا بقلبه ولا بحاجبيه خلافا لزفر رحمه الله لما بينا من قبل
ولان نصب الابدال بالراي ممتنع ولا قياس على الراس لانه يتادى به ركن
الصلوة دون العين واختيه وقوله اخرت عنه اشارة الى انه لا يسقط
وان كان العجز اكثر من يوم وليلة اذا كان مفيقا هو الصحيح لانه
يفهم مضمون الخطاب بخلاف المغمى عليه وان قدر على القيام ولم
يقدر على الركوع والسجود لم يلزمه القيام ويصلي قاعدا يومي ايماء
لان ركنية القيام للتوسل به الى السجدات لما فيها من نهاية التعظيم
فاذا كان لا يتعقبه السجود وان صلى الصحيح بعض صلوته وحدث به
مرض اتمها قاعدا يركع ويسجد ويومي ان لم يقدر او مستلقيا ان لم
يقدر لانه بنا الادنى على الاعلى وصار كالاقتداء ومن صلى قاعدا يركع
ويسجد لمرض ثم صح بنى على صلوته قائما عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند
محمد استقبل بناء على اختلافهم في الاقتدا وقد تقدم بيانه وان صلى
بعض صلوته بايماء ثم قدر على الركوع والسجود استانف عندهم جميعا
لانه لا يجوز اقتداء الراكع بالمومي فكذا البناء ومن افتتح التطوع قائما
ثم اعيى لا باس بان يتوكأ على عصا او حائط او يقعد لان هذا عذر وان كان الا
تكا بغير عذر يكره لانه اساءة في الادب وقيل لا يكره عند ابي حنيفة

وعندهما يكره لانه لا يجوز القعود عندهما فيكره الاتكاء وان قعد بغير عذر يكره
بالاتفاق ويجوز الصلوة عنده ولا يجوز عندهما وقد مر في باب النوافل
ومن صلى في السفينة قاعدا من غير عذر اجزاه عند ابي حنيفة رحمه الله و
القيام افضل وقالا لا يجزيه الا من عذر لان القيام مقدور عليه فلا
يترك وله ان الغالب فيها دوران الراس وهو كالمتحقق الا ان القيام افضل
لانه ابعد عن شبهة الخلاف والخروج افضل ان امكنه لانه اسكن لقلبه
والخلاف في غير المربوطة والمربوطة كالشط هو الصحيح ومن اغمي عليه
خمس صلوات او دونها قضى وان كان اكثر من ذلك لم يقض وهذا استحسان
والقياس ان لا قضاء عليه اذا استوعب الاغماء وقت صلوة كاملة لتحقق
العجز فاشبه الجنون وجه الاستحسان ان المدة اذا طالت كثرت الفوائت
فيحرج في الاداء حرج التكرار واذا قصرت قلت فلا حرج والكثير ان تزيد
على يوم وليلة لانه يدخل في حد التكرار والجنون كالاغماء كذا ذكره ابو
سليمان بخلاف النوم لان امتداده نادر فيلحق بالقاصر ثم الزيادة
تعتبر من حيث الاوقات عند محمد رحمه الله لان التكرار يتحقق به وعندهما
من حيث الساعات هو الماثور عن علي وابن عمر رضي الله عنهما والله اعلم

باب سجدة التلاوة

قال وسجود التلاوة في القرآن
اربعة عشر في آخر الاعراف وفي الرعد والنحل وبني اسرائيل ومريم والاولى
الحج والفرقان والنمل والم تنزيل وص وحم السجدة والنجم واذا السماء
انشقت واقرأ كذا كتب في مصحف عثمان رضي الله عنه وهو المعتمد
والسجدة الثانية في الحج للصلوة عندنا وموضع السجدة في حم السجدة
عند قوله لا يسامون في قول عمر رضي الله عنه وهو الماخوذ للاحتياط
والسجدة واجبة في هذه المواضع على التالي والسامع سواء قصد سماع القرآن
او لم يقصد لقوله عليه السلام السجدة على من تلاها وعلى من سمعها
وهي كلمة ايجاب وهو غير مقيد بالقصد واذا تلا الامام السجدة سجدها
والماموم معه لالتزامه متابعته واذا تلا الماموم لم يسجد الامام
ولا الماموم في الصلوة ولا بعد الفراغ عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد يسجدونها اذا فرغوا لان السبب قد تقرر ولا مانع بخلاف
حالة الصلوة لانه يؤدي الى خلاف موضوع الامامة او التلاوة ولهما
ان المقتدي محجور عن القراءة لنفاذ تصرف الامام عليه وتصرف المحجور

لاحكم

لا حكم له بخلاف الجنب والحائض لانهما منهيان الا انه لا يجب على الحائض
بتلاوتها كما لا يجب بسماعها لانعدام اهلية الصلوة بخلاف الجنب
ولو سمعها رجل خارج الصلوة سجدها هو الصحيح لان الحجر ثبت في حقهم
فلا يعدوهم وان سمعوا وهم في الصلوة من رجل ليس معهم في الصلوة
لم يسجدوها في الصلوة لانها ليست بصلوتية لان سماعهم هذه
السجدة ليس من افعال الصلوة وسجدوها بعدها لتحقق سببها
ولو سجدوها في الصلوة لم يجزهم لانه ناقص لمكان النهي فلا يتادى
به الكامل قال واعادوها لتقرر سببها ولم يعيدوا الصلوة لان
مجرد السجدة لا ينافي احرام الصلوة وفي النوادر انه يفسد لانهم زادوا
فيها ما ليس منها وقيل هو قول محمد فان قرأها الامام وسمعها رجل ليس
معه في الصلوة فدخل معه في الصلوة بعدما سجدها الامام لم يكن عليه
ان يسجدها لانه صار مدركا لها بادراك تلك الركعة وان دخل معه
قبل ان يسجدها سجدها معه لانه لو لم يسمعها سجدها معه ففيها
اولى وان لم يدخل معه سجدها لتحقق السبب وكل سجدة وجبت في الصلوة
فلم يسجدها لم تقض خارج الصلوة لانها صلاتية ولها مزية الصلوة
فلا تتادى بالناقص ومن تلا سجدة فلم يسجدها حتى دخل في صلوة فاعادها
وسجد اجزته السجدة عن التلاوتين لان الثانية اقوى لكونها
صلوتية فاستتبعت الاولى وفي النوادر يسجد اخرى بعد الفراغ لان
للاولى قوة السبق فاستوتا قلنا للثانية قوة اتصال المقصود فترجحت
بها وان تلاها فسجد ثم دخل في الصلوة فتلاها سجد لها لان الثانية
هي المستتبعة ولا وجه الى الحاقها بالاولى لانه يؤدي الى سبق الحكم على السبب وان كرر تلاوة
سجدة واحدة في مجلس واحد اجزاته سجدة واحدة فان قرأها في مجلسه
فسجدها ثم ذهب ثم رجع فقرأها سجدها ثانية وان لم يكن سجد للاولى
فعليه سجدتان والاصل ان مبنى السجدة على التداخل دفعا للحرج
وهو تداخل في السبب دون الحكم وهذا اليق بالعبادات والثاني
بالعقوبات وامكان التداخل عند اتحاد المجلس لكونه جامعا للمتفرقات
فاذا اختلف عاد الحكم الى الاصل ولا يختلف بمجرد القيام بخلاف المخيرة
لانه دليل الاعراض وهو المبطل هناك وفي تسدية الثوب يتكرر الوجوب
وفي المنتقل من غصن الى غصن كذلك في الاصح وفي الدياسة كذلك

في الاصح للاحتياط واذا تبدل مجلس التالي دون السامع على ما قيل والاصح
التالي يتكرر الوجوب لان السبب في حقه السماع وكذا لو تبدل مجلس التالي
دون السامع على ما قيل والاصح انه لا يتكرر الوجوب على السامع على ما
قلنا ومن اراد السجود كبر ولم يرفع يديه وسجد ثم كبر ولم يرفع يديه
وسجد ثم كبر ورفع راسه اعتبارا بسجدة الصلوة وهو المروي عن
ابن مسعود رضي الله عنه ولا تشهد عليه ولا سلام لان ذلك للتحليل
وهو يستدعي سبق التحريمة وهي منعدمة قال ويكره ان يقرا السورة
في الصلوة او غيرها ويدع اية السجدة لانه يشبه الاستنكاف عنها ولا
باس بان يقرا اية السجود ويدع ما سواها لانه مبادرة اليها واحب الي
ان يقرا قبلها اية او ايتين دفعا لوهم التفضيل واستحسنوا اخفاءها
شفقة على السامعين والله اعلم باب صلوة المسافر
السفر الذي يتغير به الاحكام ان يقصد مسيرة ثلثة ايام ولياليها سير
الابل ومشي الاقدام لقوله عليه السلام يمسح المقيم كمال يوم وليلة
والمسافر ثلثة ايام ولياليها عمت الرخصة الجنس ومن ضرورته عموم التقدير
وقدر ابو يوسف رحمه الله بيومين واكثر اليوم الثالث والشافعي رحمه الله
بيوم وليلة في قول وكفى بالسنة حجة عليهما والسير المذكور هو الوسط
وعن ابي حنيفة رحمه الله التقدير بالمراحل وهو قريب من الاول ولا
معتبر بالفراسخ هو الصحيح ولا يعتبر السير في الماء معناه لا يعتبر به السير
في البر فاما المعتبر في البحر ما يليق بحاله كما في الجبل قال وفرض المسافر في
الرباعية ركعتان لا يزيد عليهما وقال الشافعي رحمه الله فرضه الاربع
والقصر رخصة اعتبارا بالصوم ولنا ان الشفع الثاني لا يقضى ولا
ياثم على تركه وهذا اية النافلة بخلاف الصوم لانه يقضى وان صلى اربعا
وقعد في الثانية قدر التشهد اجزاته والاخريان نافلة اعتبارا بالفجر
ويصير مسيئا لتاخير السلام وان لم يقعد في الثانية قدرها بطلت
لاختلاط النافلة بها قبل اكمال اركانها واذا فارق المسافر بيوت المصر
صلى ركعتين لان الاقامة يتعلق بدخولها فيتعلق السفر بالخروج عنها
وفيه الاثر لو جاوزنا هذا الخص لقصرنا ولا يزال على حكم السفر حتى ينوي الاقامة
في بلدة او قرية خمسة عشر يوما او اكثر وان نوى اقل من ذلك قصر لانه
لا بد من اعتبار مدة لان السفر يجامعه اللبث فقدرناها بمدة الطهر
لانه

لانهما مدتان موجبتان وهو ماثور عن ابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم
والاثر في مثله كالخبر والتقييد بالبلدة والقرية يشير الى انه لا يصح نية
الاقامة في المفازة وهو الظاهر ولو دخل مصرا على عزم ان يخرج غدا
او بعد غد ولم ينو مدة الاقامة حتى بقي على ذلك سنين قصر لان ابن
عمر رضي الله عنه اقام باذربيجان ستة اشهر وكان يقصر وعن جماعة من
الصحابة مثل ذلك واذا دخل العسكر ارض الحرب فنووا الاقامة بها قصروا
وكذلك اذا حاصروا فيها مدينة او حصنا لان الداخل بين ان يهزم فيقر وبين
ان يهزم فيفر فلم يكن دار اقامة وكذا اذا حاصروا اهل البغي في دار الاسلام
في غير المصر او حاصروهم في البحر لان حالهم مبطل عزيمتهم وعند زفر يصح في
الوجهين اذا كانت الشوكة لهم للتمكن من القرار ظاهرا وعند ابي يوسف
يصح اذا كانوا في بيوت المدر لانه موضع اقامة ونية الاقامة من اهل
الكلا وهم اهل الاخبية قيل لا يصح والاصح انهم مقيمون يروى ذلك
عن ابي يوسف لان الاقامة اصل فلا يبطل بالانتقال من مرعى الى مرعى وان
اقتدى المسافر بالمقيم في الوقت اتم اربعا لانه يتغير فرضه الى اربع للتبعية
كما يتغير بنية الاقامة لاتصال المغير بالسبب وهو الوقت فان دخل معه في
فائتة لم يجزه لانه لا يتغير بعد الوقت لانقضاء السبب كما يتغير بنية الاقامة فيكون اقتداء المفترض بالمتنفل في حق القعدة او
القراءة وان صلى المسافر بالمقيمين ركعتين سلم واتم المقيمون صلوتهم
لان المقتدي التزم الموافقة في الركعتين فينفرد في الباقي كالمسبوق الا انه
لا يقرا في الاصح لانه مقتد تحريمة لا فعلا والفرض صار مؤدى فيتركها
احتياطا بخلاف المسبوق لانه ادرك قراءة نافلة فلم يتأد الفرض فكان
الاتيان اولى قال ويستحب للامام اذا سلم ان يقول اتموا صلوتكم فانا
قوم سفر لانه عليه السلام قاله حين صلى باهل مكة وهو مسافر واذا
دخل المسافر في مصره اتم الصلوة وان لم ينو المقام فيه لانه عليه السلام
واصحابه كانوا يسافرون ويعودون الى اوطانهم مقيمين من غير عزم جديد
ومن كان له وطن فانتقل منه واستوطن غيره ثم سافر فدخل وطنه الاول
قصر لانه لم يبق وطنا له الا ترى انه عليه السلام بعد الهجرة عد نفسه بمكة من
المسافرين وهذا لان الاصل ان الوطن الاصلي يبطل بمثله دون السفر
ووطن الاقامة يبطل بمثله وبالسفر وبالاصلي واذا نوى المسافر ان يقيم
بمكة وبمنى خمسة عشر يوما لم يتم الصلوة لان اعتبار النية في موضعين

يقتضي اعتبارها في مواضع وهو ممتنع لان السفر لا يعرى عنه الا اذا نوى ان يقيم
بالليل في احدهما فيصير مقيما بدخوله فيه لان اقامة المرء تضاف الى مبيته
ومن فاتته صلوات في السفر قضاها في الحضر ركعتين ومن فاتته في الحضر
قضاها في السفر اربعا لان القضا بحسب الادآء والمعتبر في ذلك اخر الوقت
لانه المعتبر في السببية عند عدم الاداء والعاصي والمطيع في سفره في الرخصة
سواء وقال الشافعي سفر المعصية لا يفيد الرخصة لانها ثبتت تخفيفا
فلا يتعلق بما يوجب التغليظ ولنا اطلاق النصوص ولان نفس السفر ليس
بمعصية وانما المعصية ما يكون بعده او يجاوره فصلح متعلق الرخصة

باب الجمعة

لا تصح الجمعة الا في مصر جامع او في مصلى
المصر ولا تجوز في القرى لقوله عليه السلام لا جمعة ولا تشريق ولا فطر ولا اضحى
الا في مصر جامع والمصر الجامع كل موضع له امير وقاض ينفذ الاحكام ويقيم
الحدود وهذا عند ابي يوسف وعنه انهم اذا اجتمعوا في اكبر مساجدهم
لم يسعهم والاول اختيار الكرخي وهو الظاهر والثاني اختيار الثلجي
والحكم غير مقصور على المصلى بل يجوز في جميع افنية المصر لانها بمنزلته في
حوائج اهله ويجوز بمنى اذا كان الامام امير الحجاز او كان مسافرا عند ابي
حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا جمعة بمنى لانها من القرى حتى لا يعيد بها
ولهما انها تتمصر في ايام الموسم وعدم التعييد للتخفيف ولا جمعة بعرفات
في قولهم جميعا لانها فضاء وبمنى ابنية والتقييد بالخليفة وامير الحجاز لان
الولاية لهما اما امير الموسم يلي امور الحج لا غير ولا يجوز اقامتها الا للسلطان
او لمن امره السلطان لانها تقام بجمع عظيم وقد تقع المنازعة في التقدم
والتقديم وقد تقع في غيره فلا بد منه تتميما لامره ومن شرائطها الوقت
فتصح في وقت الظهر ولا تصح بعده لقوله عليه السلام اذا مالت الشمس
فصل بالناس الجمعة ولو خرج الوقت وهو فيها استقبل الظهر ولا يبنيه
عليها لاختلافهما ومنها الخطبة لان النبي عليه السلام ما صلاها بدون
الخطبة في عمره وهي قبل الصلوة به وردت السنة ويخطب خطبتين يفصل
بينهما بقعدة به جرى التوارث ويخطب قائما على الطهارة لان القيام
فيهما متوارث ثم هي شرط الصلوة فيستحب فيها الطهارة كالاذان ولو خطب
قاعدا او على غير طهارة جاز لحصول المقصود الا انه يكره لمخالفة التوارث
وللفصل بينها وبين الصلوة فان اقتصر على ذكر الله جاز عند ابي حنيفة وقالا

لابد



لا بد من ذكر طويل يسمى خطبة لان الخطبة هي الواجبة والتسبيحة او التحميدة
لا يسمى خطبة وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز حتى يخطب خطبتين اعتبارا
للمتعارف وله قوله تعالى فاسعوا الى ذكر الله وذروا البيع من غير فصل و
عن عثمان رضي الله عنه انه قال الحمد لله فارتج عليه فنزل وصلى ومن شرائطها
الجماعة لان الجمعة مشتقة منها واقلهم عند ابي حنيفة ثلاثة سوى الامام
وقالا اثنان سواه قال رضي الله عنه والاصح ان هذا قول ابي يوسف
وحده له ان في المثنى معنى الاجتماع وهي منبئة عنه ولهما ان الجمع الصحيح
انما هو الثلاث لانه جمع تسمية ومعنى والجماعة شرط على حدة وكذا الا
مام فلا يعتبر منهم وان نفر الناس قبل ان يركع الامام ويسجد ولم يبق
الا النساء استقبل الظهر عند ابي حنيفة وقالا اذا نفروا عنه بعدما
افتتح الصلوة صلى الجمعة فان نفروا عنه بعدما ركع وسجد سجدة بنى على
الجمعة في قولهم جميعا خلافا لزفر هو يقول انه شرط فلا بد من دوامه
كالوقت ولهما ان الجماعة شرط الانعقاد فلا يشترط دوامها كالخطبة
ولابي حنيفة ان الانعقاد بالشروع في الصلوة ولا يتم ذلك الا بتمام
الركعة لان ما دونها ليس بصلوة فلا بد من دوامها اليها بخلاف
الخطبة لانها تنافي الصلوة في وقت الظهر ولا يصح بعده لقوله
عليه السلام ولا معتبر ببقاء النسوان وكذا الصبيان لانه لا ينعقد
بهم الجمعة فلا يتم بهم الجماعة ولا تجب الجمعة على مسافر ولا على امرأة
ولا مريض ولا عبد ولا اعمى لان المسافر يحرج في الحضور وكذا المريض والعبد
مشغول بخدمة المولى والمرأة بخدمة الزوج فعذروا دفعا للحرج و
الضرر فان حضروا وصلوا مع الناس اجزاهم عن فرض الوقت لانهم تحملوه
فصاروا كالمسافر اذا صام ويجوز للمسافر والعبد والمريض ان يؤم في
الجمعة وقال زفر لا يجزيه لانه لا فرض عليه فاشبه الصبي والمرأة ولنا
ان هذه رخصة فاذا حضروا يقع فرضا على ما بينا اما الصبي مسلوب
الاهلية والمرأة لا تصلح لامامة الرجال وتنعقد بهم الجمعة لانهم
صلحوا للامامة فيصلحون للاقتداء بطريق الاولى ومن صلى الظهر
في منزله يوم الجمعة قبل صلاة الامام ولا عذر له كره له ذلك وجازت
صلوته وقال زفر لا يجزيه لان عنده الجمعة هي الفريضة اصالة والظهر
كالبدل عنها ولا مصير الى البدل مع القدرة على الاصل ولنا ان اصل



المفروض هو الظهر في حق الكافة هذا هو الظاهر الا انه مامور باسقاطه
باداء الجمعة وهذا لانه متمكن من اداء الظهر بنفسه دون الجمعة لتوقفها
على شرايط لا تتم به وحده وعلى التمكن يدور التكليف فان بدا له ان يحضرها
فتوجه اليها والامام فيها بطل ظهره عند ابي حنيفة بالسعي وقالا لا يبطل حتى
يدخل مع الامام لان السعي دون الظهر فلا ينقضه بعد تمامه والجمعة
فوقها فينقضها وصار كما اذا توجه بعد فراغ الامام وله ان السعي الى الجمعة
من خصايص الجمعة فينزل منزلتها في حق ارتفاض الظهر احتياطا بخلاف
ما بعد الفراغ منها لانه ليس بسعي اليها ويكره ان يصلي الظهر المعذورون
بجماعة يوم الجمعة في المصر وكذا اهل السجن لما فيه من الاخلال بالجمعة اذ
هي جامعة للجماعات والمعذور قد يقتدي به غيره بخلاف السواد لانه
لا جمعة عليهم ولو صلى قوم اجزاهم لاستجماع شرايطه ومن ادرك الا
مام يوم الجمعة صلى معه ما ادركه وبنى عليه الجمعة لقوله عليه السلام
ما ادركتم فصلوا وما فاتكم فاقضوا وان كان ادركه في التشهد او في
سجود السهو بنى عليها الجمعة عندهما وقال محمد رحمه الله ان ادرك معه
اكثر الركعة الثانية بنى عليها الجمعة وان ادرك اقلها بنى عليها الظهر
لانه جمعة من وجه ظهر من وجه لفوات بعض الشرايط في حقه فيصلي
اربعا اعتبارا للظهر ويقعد لا محالة على راس الركعتين اعتبارا للجمعة
ويقرا في الاخريين لاحتمال النفلية ولهما انه مدرك للجمعة في هذه
الحالة حتى تشترط نية الجمعة وهي ركعتان ولا وجه لما ذكر لانهما
مختلفان فلا يبنى احدهما على تحريمة الاخر فاذا خرج الامام يوم الجمعة
ترك الناس الصلوة والكلام حتى يفرغ من خطبته قال رضي الله عنه
وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا باس بالكلام اذا خرج الامام قبل ان
يخطب واذا نزل قبل ان يكبر لان الكراهة للاخلال بفرض الاستماع
ولا استماع بخلاف الصلوة لانها قد تمتد ولابي حنيفة قوله عليه السلام
اذا خرج الامام فلا صلوة ولا كلام من غير فصل ولان الكلام قد يمتد
طبعا فاشبه الصلوة واذا اذن المؤذنون الاذان الاول ترك الناس
البيع وتوجهوا الى الجمعة لقوله تعالى فاسعوا الى ذكر الله وذروا
البيع واذا صعد الامام المنبر جلس واذن المؤذنون بين يدي المنبر
بذلك جرى التوارث ولم يكن على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم الا

هذا

هذا الاذان ولهذا قيل هو المعتبر في وجوب السعي وحرمة البيع والاصح
ان المعتبر هو الاول اذا كان بعد الزوال لحصول الاعلام به **باب
العيدين** قال رحمه الله ويجب صلوة العيد على كل من تجب عليه صلوة
الجمعة وفي الجامع الصغير عيدان اجتمعا في يوم فالاول سنة والثاني
فريضة ولا يترك واحد منهما قال رضي الله عنه وهذا تنصيص على السنة
والاول على الوجوب وهو رواية عن ابي حنيفة وجه الاول مواظبة
النبي عليه السلام عليها وجه الثاني قوله عليه السلام في حديث الا
عرابي عقيب سؤاله هل علي غيرهن قال لا الا ان تطوع والاول اصح و
تسميته سنة لوجوبه بالسنة ويستحب في يوم الفطر ان يطعم قبل ان
يخرج الى المصلى ويغتسل ويستاك ويتطيب لما روي انه عليه السلام
كان يطعم في يوم الفطر قبل ان يخرج الى المصلى وكان يغتسل في
العيدين ولانه يوم اجتماع فيسن فيه الغسل والطيب كما في الجمعة ويلبس
احسن ثيابه لانه عليه السلام كانت له جبة فنك او صوف يلبسها في
الاعياد ويؤدي صدقة الفطر اغناء للفقير ليتفرغ قلبه للصلوة و
يتوجه الى المصلى ولا يكبر عند ابي حنيفة في طريق المصلى وعندهما يكبر
اعتبارا بالاضحى وله ان الاصل في الثناء الاخفاء والشرع ورد به في الاضحى
لانه يوم تكبير ولا كذلك الفطر ولا يتنفل في المصلى قبل العيد لانه
عليه السلام لم يفعل مع حرصه على الصلوة ثم قيل الكراهة في المصلى
خاصة وقيل فيه وفي غيره عامة لانه عليه السلام لم يفعله واذا حلت
الصلوة بارتفاع الشمس دخل وقتها الى الزوال واذا زالت الشمس خرج
وقتها لانه عليه السلام كان يصلي العيد والشمس على قدر رمح او رمحين
ولما شهدوا بالهلال بعد الزوال امر بالخروج الى المصلى من الغد
ويصلي الامام بالناس ركعتين يكبر في الاولى للافتتاح وثلاثا بعدها
ثم يقرا الفاتحة وسورة ويكبر تكبيرة يركع بها ثم يبتدي في الركعة الثانية
بالقراءة ثم يكبر ثلاثا بعدها ويكبر رابعة يركع بها وهذا قول ابن مسعود
وهو قولنا وقال ابن عباس رضي الله عنهما يكبر في الاولى للافتتاح وخمسا
بعدها وفي الثانية يكبر خمسا ثم يقرا وفي رواية يكبر اربعا وظهر عمل العامة الآن م
بقول ابن عباس لامر بنيه الخلفاء فاما المذهب فالقول الاول لان التكبير
ورفع الايدي خلاف المعهود فكان الاخذ بالاقل اولى ثم التكبير من اعلام الدين

حتى يجهر بها لكان الاصل فيه الجمع وفي الركعة الاولى يجب الحاقها بتكبيرة الافتتاح
لقوتها من حيث الفرضية والسبق وفي الثانية لم يوجد الا تكبيرة الركوع فوجب
الضم اليها والشافعي اخذ بقول ابن عباس رضي الله عنهما الا انه حمل المروي كله على
الزوائد فصارت التكبيرات عنده خمس عشرة او ست عشرة قال ويرفع يديه
في تكبيرات العيدين يريد به ما سوى تكبيرتي الركوع لقوله عليه السلام
لا ترفع الايدي الا في سبع مواطن وذكر من جملتها تكبيرات الاعياد وعن
ابي يوسف رحمه الله انه لا يرفع والحجة عليه ما روينا قال ثم يخطب
بعد الصلوة خطبتين بذلك ورد النقل المستفيض يعلم فيها الناس صدقة الفطر
واحكامها لانها شرعت لاجله ومن فاتته صلوة العيد مع الامام لم يقضها
لان الصلوة بهذه الصفة لم تعرف قربة الا بشرائط لا تتم بالمنفرد قال
غم الهلال وشهدوا عند الامام بالهلال بعد الزوال صلى العيد من الغد
لان هذا تاخير بعذر وقد ورد فيه الحديث فان حدث عذر يمنع
من الصلوة في اليوم الثاني لم يصلها بعده لان الاصل فيها ان لا يقضى
كالجمعة الا انا تركناه بالحديث وقد ورد بالتاخير الى اليوم الثاني عند
العذر ويستحب في يوم الاضحى ان يغتسل ويتطيب لما ذكرنا ويؤخر
الاكل حتى يفرغ من الصلوة لما روي انه عليه السلام كان لا يطعم في يوم
النحر حتى يرجع فياكل من اضحيته ويتوجه الى المصلى وهو يكبر لانه
عليه السلام كان يكبر في الطريق ويصلي ركعتين كالفطر كذلك
نقل ويخطب بعدها خطبتين لانه عليه السلام كذلك فعل
ويعلم الناس فيها الاضحية وتكبير التشريق لانه مشروع الوقت
والخطبة ما شرعت الا لتعليمه فان كان عذر يمنع من الصلوة في يوم
الاضحى صلاها من الغد وبعد الغد ولا يصليها بعد ذلك لان
الصلوة موقتة بوقت الاضحية فتتقيد بايامها لكنه مسيء
في التاخير بغير عذر لمخالفة المنقول والتعريف الذي يصنعه الناس
ليس بشيء وهو ان يجتمع الناس يوم عرفة في بعض المواضع تشبها بالواقفين
بعرفة لان الوقوف عرف عبادة مختصة بمكان فلا يكون عبادة دونه
كسائر المناسك والله اعلم

فصل في تكبير التشريق

ويبدأ بتكبير التشريق بعد صلوة الفجر من يوم عرفة ويختم عقيب العصر من
يوم النحر عند ابي حنيفة وقالا يختم عقيب العصر من آخر ايام التشريق والمسألة

مختلفة بين الصحابة رضوان الله عليهم فاخذنا بقول علي رضي الله عنه اخذا
بالاكثر اذ هو الاحتياط في العبادات واخذ بقول ابن مسعود رضي الله عنه
اخذا بالاقل لان الجهر بالتكبير بدعة والتكبير ان يقول مرة واحدة الله
اكبر الله اكبر لا اله الا الله والله اكبر الله اكبر ولله الحمد هذا هو المأثور
عن الخليل صلى الله عليه وسلم وهو عقيب الصلوات المفروضات على
المقيمين في الامصار في الجماعات المستحبة عند ابي حنيفة وليس على
جماعة النساء اذا لم يكن معهن رجل وقالا هو على كل من صلى المكتوبة لانه
تبع للمكتوبة وله ما روينا من قبل والتشريق التكبير كذا نقل عن الخليل
بن احمد ولان الجهر بالتكبير خلاف السنة والشرع ورد به عند استجماع هذه
الشرائط الا انه يجب على النساء اذا اقتدين بالرجال وعلى المسافرين
عند اقتدائهم بالمقيم بطريق التبعية قال يعقوب رحمه الله صليت
بهم المغرب فسهوت ان اكبر فكبر ابو حنيفة دل ان الامام وان ترك
التكبير لا يتركه المقتدي وهذا لانه لا يؤدى في حرمة الصلوة فلم يكن
الامام فيه حتما وانما هو مستحب والله اعلم

باب صلوة الكسوف

قال رحمه الله اذا انكسفت الشمس صلى الامام بالناس ركعتين
كهيئة النافلة في كل ركعة ركوع واحد وقال الشافعي رحمه الله ركوعان
له رواية عائشة رضي الله عنها ولنا رواية ابن عمر رضي الله عنه والحال
اكشف على الرجال لقربهم فكان الترجيح لروايته ويطول القراءة فيهما
ويخفي وقالا يجهر وعن محمد مثل قول ابي حنيفة اما التطويل في القراءة
فبيان الافضل ويخفف ان شاء لان المسنون استيعاب الوقت بالصلوة
والدعاء فاذا خفف احدهما طول الآخر واما الاخفاء والجهر فلهما رواية
عائشة رضي الله عنها انه عليه السلام جهر فيها ولابي حنيفة رواية ابن
عباس وسمرة رضي الله عنهم والترجيح قد مر من قبل كيف وانها صلوة
النهار وهي عجماء ويدعو بعدها حتى تنجلي الشمس لقوله عليه السلام اذا
رأيتم من هذه الافزاع شيئا فارغبوا الى الله تعالى بالدعاء والسنة في الادعية
تاخيرها عن الصلوة ويصلي بهم الامام الذي يصلي بهم الجمعة فان لم يحضر
صلى الناس فرادى تحرزا عن الفتنة وليس في كسوف القمر جماعة لتعذر الاجتماع
بالليل او لخوف الفتنة وانما يصلي كل واحد بنفسه لقوله عليه السلام اذا
رأيتم شيئا من هذه الاهوال فافزعوا الى الصلوة وليس في الكسوف خطبة لانه

لم ينقل والله اعلم **باب الاستسقاء** قال ابو حنيفة
ليس في الاستسقاء صلوة مسنونة في جماعة فان صلى الناس وحدانا جاز
وانما الاستسقاء الدعاء والاستغفار لقوله تعالى استغفروا ربكم انه كان
غفارا الاية ورسول الله صلى الله عليه وسلم استسقى ولم يرو عنه الصلوة
وقالا يصلي الامام ركعتين لما روي ان النبي عليه السلام صلى فيه ركعتين
كصلوة العيد رواه ابن عباس رضي الله عنه قلنا فعله مرة وتركه اخرى
فلم يكن سنة وقد ذكر في الاصل قول محمد وحده ويجهر فيهما بالقراءة
اعتبارا بصلوة العيد ثم يخطب لما روي انه عليه السلام خطب
ثم هي كخطبة العيد عند محمد وعند ابي يوسف خطبة واحدة ولا
خطبة عند ابي حنيفة لانه تبع للجماعة ولا جماعة عنده ويستقبل
القبلة بالدعا لما روي انه عليه السلام استقبل القبلة وحول رداءه
ويقلب رداءه لما روينا قال رضي الله عنه هذا قول محمد اما عند ابي حنيفة
لا يقلب لانه دعا فيعتبر بسائر الادعية وما رواه كان تفاؤلا ولا يقلب
القوم ارديتهم لانه لم ينقل انه امرهم بذلك ولا يحضر اهل الذمة
الاستسقا لانه استنزال الرحمة وانما تنزل عليهم اللعنة **باب
صلوة الخوف** اذا اشتد الخوف جعل الامام الناس طايفتين
طايفة الى وجه العدو وطايفة خلفه فيصلي بهذه الطايفة ركعة
وسجدتين فاذا رفع راسه من السجدة الثانية مضت هذه الطايفة
الى وجه العدو وجاءت تلك الطايفة فيصلي بهم الامام ركعة وسجدتين
وتشهد وسلم ولم يسلموا وذهبوا الى وجه العدو وجاءت الطايفة الاولى
وصلوا ركعة وسجدتين وحدانا بغير قراءة لانهم لاحقون وتشهدوا و
سلموا ومضوا الى وجه العدو وجاءت الطايفة الاخرى وصلوا ركعة
وسجدتين بقراءة لانهم مسبوقون وتشهدوا وسلموا والاصل فيه رواية
ابن مسعود رضي الله عنه ان النبي عليه السلام صلى صلاة الخوف
على الصفة التي قلنا وابو يوسف وان انكر شرعيتها في زماننا فهو محجوج
عليه بما روينا قال واذا كان الامام مقيما صلى بالطايفة الاولى ركعتين
وبالطايفة الثانية ركعتين لما روي عن النبي عليه السلام انه صلى الظهر
بالطايفتين ركعتين ركعتين ويصلي بالطايفة الاولى ركعتين من المغرب
وبالثانية ركعة واحدة لان تنصيف الركعة الواحدة غير ممكن فجعلها في الاولى

اولى بحكم السبق ولا يقاتلون في حال الصلوة فان فعلوا بطلت صلاتهم لانه
عليه السلام شغل عن اربع صلوات يوم الاحزاب ولو جاز الاداء مع
القتال لما تركها فان اشتد الخوف صلوا ركبانا فرادى يومون بالركوع
والسجود الى اي جهة شاؤا اذا لم يقدروا على التوجه الى القبلة للضرورة
وعن محمد انهم يصلون بجماعة وليس بصحيح لانعدام الاتحاد في المكان ثم
باب الجنايز واذا احتضر الرجل وجه الى القبلة على شقه
الايمن اعتبارا بحال الوضع في القبر لانه اشرف عليه والمختار في بلادنا
الاستلقا لانه ايسر والاول هو السنة ولقن الشهادة لقوله عليه
السلام لقنوا موتاكم شهادة ان لا اله الا الله والمراد الذي قرب من
الموت واذا مات شد لحياه وغمض عيناه بذلك جرى التوارث ثم فيه
تحسينه فيستحسن **فصل في الغسل** واذا ارادوا غسله وضعوه
على سريره لينصب الماء عنه وجعلوا على عورته خرقة اقامة لواجب الستر
ويكتفى بستر العورة الغليظة هو الصحيح تيسيرا ونزعوا ثيابه ليمكنهم
التنظيف ووضؤه من غير مضمضة واستنشاق لان الوضوء سنة
الاغتسال غير ان اخراج الماء منه متعذر فيتركان ثم يفيضون الماء عليه
اعتبارا بحالة الحيوة ويجمر سريره وترا لما فيه من تعظيم الميت وانما يوتر
لقوله عليه السلام ان الله تعالى وتر يحب الوتر ويغلى الماء بالسدر
وبالحرض مبالغة في التنظيف فان لم يكن فالماء القراح لحصول اصل
المقصود ويغسل راسه ولحيته بالخطمي ليكون انظف له ثم يضجع
على شقه الايسر فيغسل بالماء والسدر حتى يرى ان الماء قد وصل الى ما
يلي التخت منه لان البداية بالميامن ثم يجلسه ويسنده اليه ويمسح بطنه
مسحا رفيقا تحرزا عن تلويث الكفن فان خرج منه شيء غسله ولا يعيد غسله
ولا وضوءه لان الغسل عرفناه بالنص وقد حصل مرة ثم ينشفه بثوب كيلا
تبتل اكفانه ويجعل الميت في اكفانه ويجعل الحنوط على راسه ولحيته و
الكافور على مساجده لان التطيب سنة والمساجد اولى بزيادة الكرامة
ولا يسرح شعر الميت ولا لحيته ولا يقص ظفره ولا شعره لقول عايشة رضي الله
عنها علام تنصون ميتكم ولان هذه الاشيا للزينة وقد استغنى الميت
عنها وفي الحي كان تنظيفا لاجتماع الوسخ تحته وصار كالختان **فصل**
في التكفين السنة ان يكفن الرجل في ثلاثة اثواب ازار وقميص ولفافة

لما روي انه عليه السلام كفن في ثلاثة اثواب بيض سحولية ولانه اكثر ما
يلبسه عادة في حيوته فكذا بعد مماته فان اقتصروا على ثوبين جاز والثوبان
ازار ولفافه وهذا كفن الكفاية لقول ابي بكر رضي الله عنه اغسلوا
ثوبيّ هذين وكفنوني فيهما لانه ادنى لباس الاحيا والازار من القرن الى
القدم واللفافة كذلك والقميص من العنق فاذا ارادوا لف الكفن
عليه وابتدوا بجانبه الايسر فلفوه ثم بالايمن كما في حالة الحيوة وبسطه
ان يبسط اللفافه ثم يبسط عليها الازار ثم يقمص الميت ويوضع على
الازار ثم يعطف الازار من قبل اليسار ثم من قبل الايمن ثم اللفافه
كذلك وان خافوا ان ينتشر الكفن عقدوه صيانة عن الكشف وتكفن
المراة في خمسة اثواب درع وازار وخمار ولفافه وخرقة تربط فوق
ثديها لحديث ام عطية ان النبي عليه السلام اعطى اللواتي غسلن
ابنته خمسة اثواب ولانها تخرج فيها حالة الحيوة فكذا بعد الممات
هذا كفن السنة وان اقتصروا على ثلاثة اثواب جاز وهي ثوبان و
خمار وهو كفن الكفاية ويكره اقل من ذلك وفي الرجل يكره الاقتصار على
ثوب واحد الا في حالة الضرورة لان مصعب بن عمير حين استشهد
كفن في ثوب واحد وهذا كفن الضروره وتلبس المراة الدرع اولا ثم
يجعل شعرها ضفيرتين على صدرها فوق الدرع ثم الخمار فوق ذلك
تحت الازار ثم الازار تحت اللفافه قال وتجمر الاكفان قبل ان يدرج
فيها وترا لانه عليه السلام امر باجمار اكفان ابنته وترا والاجمار هو
التطييب فاذا فرغوا عنه صلوا عليه لانها فريضه

فصل في الصلوة على الميت

واولى الناس بالصلوة السلطان ان حضر لان
في التقدم عليه ازدراء به فان لم يحضر فالقاضي لانه صاحب ولاية
فان لم يحضر فيستحب تقديم امام الحي لانه رضيه في حال حيوته قال
ثم الولي والاولياء على الترتيب المذكور في النكاح فان صلى غير الولي و
السلطان اعاد الولي يعني ان شا لما ذكرنا الحق للاوليا وان صلى الولي
لم يجز لاحد ان يصلي بعده لان الفرض يتادى بالاولى والتنفل بها غير
مشروع ولهذا راينا الناس تركوا من اخرهم الصلوة على قبر النبي عليه السلام
وهو اليوم كما وضع وان دفن الميت ولم يصل عليه صلى على قبره لانه عليه
السلام صلى على قبر امراة من الانصار ويصلى عليه قبل ان يتفسخ والمعتبر في

ذلك اكبر الرأي هو الصحيح لاختلاف الحال والزمان والمكان والصلوة
ان يكبر تكبيرة يحمد الله تعالى عقيبه ثم يكبر تكبيرة ويصلي على النبي عليه
السلام ثم يكبر تكبيرة يدعو فيها لنفسه وللميت وللمسلمين ثم يكبر
الرابعة ويسلم لانه عليه السلام كبر اربعا في آخر صلوة صلاها فنسخ
ما قبلها ولو كبر الامام خمسا لم يتابعه المؤتم خلافا لزفر لانه منسوخ
لما روينا وينتظر تسليم الامام في رواية وهو المختار ولا تيان با
لدعوات استغفار للميت والبداءة بالثنا ثم بالصلوة سنة الدعاء
ولا يستغفر للصبي ولكن يقول اللهم اجعله لنا فرطا واجعله لنا اجرا
وذخرا واجعله لنا شافعا مشفعا ولو كبر الامام تكبيرة او تكبيرتين لا
يكبر الآتي حتى يكبر بعد حضوره عند ابي حنيفه ومحمد وقال ابو يوسف
يكبر حين يحضر لان الاولى للافتتاح والمسبوق ياتي به ولهما ان كل
تكبيرة قائمة مقام ركعة والمسبوق لا يبتدي بما فاته اذ هو منسوخ
ولو كان حاضرا فلم يكبر مع الامام لا ينتظر الثانية بالاتفاق لانه بمنزلة
المدرك قال ويقوم الذي يصلي على الرجل والمراة بحذا الصدر لانه
موضع القلب وفيه نور الايمان فيكون القيام عنده اشارة الى
الشفاعة لايمانه وعن ابي حنيفة انه يقوم من الرجل بحذاء راسه ومن
المراة بحذا وسطها لان انسا رضي الله عنه فعل كذلك وقال هو السنة
قلنا تاويله ان جنازتها لم تكن منعوشة فحال بينها وبينهم فان صلوا
على جنازة ركبانا اجزاهم في القياس لانه دعا وفي الاستحسان لا يجزيهم
لانها صلوة من وجه لوجود التحريمه فلا يجوز تركه من غير عذر احتياطا ولا
باس بالاذن في صلوة الجنازة لان التقدم حق الولي فيملك ابطاله
بتقديم غيره وفي بعض النسخ لا باس بالاذان اي الاعلام وهو ان يعلم
بعضهم بعضا ليقضوا حقه ولا يصلى على ميت في مسجد جماعة لقوله
عليه السلام من صلى على جنازة في المسجد فلا اجر له ولانه بني لادا المكتوبات
ويحتمل تلويث المسجد وفيما اذا كان الميت خارج المسجد اختلاف المشايخ
رحمهم الله ومن استهل بعد الولادة سمي وغسل وصلي عليه لقوله عليه
السلام اذا استهل المولود صلي عليه ومن لم يستهل لم يصل عليه ولان
الاستهلال دلالة الحيوة فيتحقق في حقه سنة الموتى وان لم يستهل
ادرج في خرقة كرامة لبني آدم ولم يصل عليه لما روينا ويغسل في غير الظاهر

من الرواية لانه نفس من وجه وهو المختار واذا سبي صبي مع احد ابويه فات
لم يصل عليه لانه تبع لهما الا ان يقر بالاسلام وهو يعقل لانه صح اسلامه
استحسانا او يسلم احد ابويه لانه يتبع خير الابوين دينا وان لم يسب معه
احد ابويه صلى عليه لانه ظهرت تبعية الدار فحكم باسلامه كما في اللقيط
وان مات الكافر وله ولي مسلم يغسله ويكفنه ويدفنه بذلك امر علي
رضي الله عنه في حق ابيه ابي طالب لكن يغسل غسل الثوب النجس ويلف
في خرقة ويحفر حفيرة من غير مراعاة سنة التكفين واللحد ولا يوضع
فيه بل يلقى **فصل في حمل الجنازة** واذا حملوا الميت على سريره اخذوا
بقوائمه الاربع بذلك وردت السنة وفيه تكثير الجماعة وزيادة الا
كرام والصيانة وقال الشافعي رحمه الله السنة ان يحملها رجلان يضعها
السابق على اصل عنقه والثاني على اعلى صدره لان جنازة سعد بن
معاذ رضي الله عنه هكذا حملت قلنا كان ذلك لازدحام الملائكة
ويمشون به مسرعين دون الخبب لانه عليه السلام حين سئل عنه قال
ما دون الخبب واذا بلغوا الى قبره يكره ان يجلسوا قبل ان يوضع عن اعناق
الرجال لانه قد تقع الحاجة الى التعاون والقيام امكن منه قال وكيفية
الحمل ان تضع مقدم الجنازة على يمينك ثم موخرها على يمينك ثم مقدمها
على يسارك ثم موخرها على يسارك ايثارا للتيامن هذا في حالة التناوب
فصل في الدفن ويحفر القبر ويلحد لقوله عليه السلام اللحد لنا
والشق لغيرنا ويدخل الميت مما يلي القبلة خلافا للشافعي رحمه الله فان
عنده يسل سلا لما روي انه عليه السلام سل سلا ولنا ان جانب القبلة
معظم فيستحب الادخال منه واضطربت الرواية في ادخال النبي عليه
السلام فاذا وضع في لحده يقول واضعه بسم الله وعلى ملة رسول الله
كذا قاله النبي عليه السلام ابا دجانة في القبر ويوجهه الى القبلة بذلك
امر رسول الله ويحل العقدة لوقوع الامن من الانتشار ويسوى اللبن
عليه لانه عليه السلام جعل على قبره اللبن ويسجى قبر المراة بثوب حتى يجعل
اللبن على اللحد ولا يسجى قبر الرجل لان مبنى حالهن على الستر ومبنى حال
الرجال على الانكشاف ويكره الآجر والخشب لانهما لاحكام البناء والقبر
موضع البلى ثم بالآجر اثر النار فيكره تفاؤلا ولا باس بالقصب وفي الجامع
الصغير ويستحب اللبن والقصب لانه عليه السلام جعل على قبره طن من قصب

ثم يهال

ثم يهال التراب ويسنم القبر ولا يسطح اي لا يربع لانه عليه السلام نهى عن
تربيع القبور ومن شاهد قبر النبي عليه السلام اخبر انه مسنم

باب الشهيد قال رضي الله عنه الشهيد من قتله المشركون او وجد في المعركة وبه اثر او قتله المسلمون ظلما ولم يجب بقتله دية فيكفن ويصلى عليه ولا يغسل لانه في معنى شهداء احد وقال عليه السلام فيهم زملوهم بكلومهم ودمائهم ولا تغسلوهم وكل من قتل ظلما بالحديدة وهو طاهر بالغ ولم يجب به عوض مالي فهو في معناهم فيلحق بهم والمراد بالاثر الجراحة لانه دلالة القتل وكذا خروج الدم من موضع غير معتاد كالعين ونحوها والشافعي يخالفنا في الصلوة ويقول السيف محاء للذنوب فاغنى عن الشفاعة ونحن نقول الصلوة على الميت لاظهار كرامته والشهيد اولى بها والطاهر عن الذنوب لا يستغني عن الدعاء كالنبي والصبي ومن قتله اهل الحرب او اهل البغي او قطاع الطريق فباي شيء قتلوه لم يغسل لان شهداء احد ما كان كلهم قتيل السيف والسلاح واذا استشهد الجنب غسل عند ابي حنيفة وقالا لا يغسل لان ما وجب بالجنابة سقط بالموت والثاني لم يجب للشهادة ولابي حنيفة ان الشهادة عرفت مانعة غير رافعة فلا ترفع الجنابة وقد صح ان حنظلة لما استشهد جنبا غسلته الملائكة وعلى هذا الخلاف الحائض والنفساء اذا طهرتا وكذا قبل الانقطاع في الصحيح من الرواية وعلى هذا الخلاف الصبي لهما ان الصبي احق بهذه الكرامة وله ان السيف كفى عن الغسل في حق شهداء احد بوصف كونهم طهرة والصبي لا ذنب له فلم يكن في معناهم ولا يغسل الدم عن الشهيد ولا ينزع عنه ثيابه لما روينا وينزع عنه الحشو والفرو والقلنسوة والسلاح والخف لانها ليست من جنس الكفن ويزيدون وينقصون ما شاؤا اتماما للكفن ومن ارتث غسل وهو من صار خلقا في حكم الشهادة لنيل مرافق الحيوة لان بذلك يخف اثر الظلم فلم يكن في معنى شهداء احد والارتثاث ان ياكل او يشرب او ينام او يداوى او ينقل من المعركة لانه نال بعض مرافق الحيوة وشهداء احد ماتوا عطاشا والكاس يدار عليهم خوفا من نقصان الشهادة الا اذا حمل من مصرعه كيلا تطاه الخيول لانه ما نال شيا من الراحة ولو اواه فسطاط او خيمة كان مرتثا لما بينا ولو بقي حيا حتى مضى وقت

الصلوة وهو يعقل فهو مرتث لان ذلك الصلوة يصير دينا في ذمته وهو
من احكام الاحياء قال رضي الله عنه وهذا مروي عن ابي يوسف ولو اوصى
بشيء من امور الاخرة كان ارتثاثا عند ابي يوسف رحمه الله لانه ارتفاق
وعند محمد لا يكون له لانه من احكام الاموات ومن وجد قتيلا في المصر غسل
لان الواجب فيه القسامة والدية فخف اثر الظلم الا اذا علم قتله بحديدة
ظلما لان الواجب فيه القصاص وهو عقوبة والقاتل لا يتخلص عنها ظاهرا
اما في الدنيا او في العقبى وعند ابي يوسف ومحمد ما لا يلبث بمنزلة السيف
ويعرف في الجنايات ان شاء الله ومن قتل في حد او قصاص غسل وصلي عليه
لانه باذل نفسه لايفاء حق مستحق عليه وشهداء احد بذلوا انفسهم
لابتغاء مرضات الله فلا يلحق بهم ومن قتل من البغاة او قطاع الطريق لم يصل
عليه لان عليا رضي الله عنه لم يصل على البغاة والله اعلم بالصواب

باب الصلوة في الكعبة

الصلوة في الكعبة جائزة فرضها
ونفلها خلافا للشافعي فيهما وللمالك في الفرض لانه عليه السلام صلى في
جوف الكعبة يوم الفتح ولانها صلوة استجمعت شرائطها لوجود استقبال
القبلة لان استيعابها ليس بشرط فان صلى الامام بجماعة فيها فجعل بعضهم
ظهره الى ظهر الامام جاز لانه متوجه الى القبلة ولا يعتقد امامه على الخطا
بخلاف مسئلة التحري ومن جعل منهم ظهره الى وجه الامام لم يجز
صلوته لتقدمه على امامه واذا صلى الامام في المسجد الحرام فتحلق الناس
حول الكعبة وصلوا بصلاة الامام فمن كان منهم اقرب الى الكعبة من الا
مام جازت صلوته اذا لم يكن في جانب الامام لان التقدم والتاخر انما يظهر
عند اتحاد الجانب ومن صلى على ظهر الكعبة جازت صلوته خلافا للشافعي
لان الكعبة هي العرصة والهواء الى عنان السماء دون البناء لانه ينقل
الا ترى لو صلى على ابي قبيس جاز ولا بناء بين يديه الا انه يكره لما فيه من ترك
التعظيم وقد ورد النهي عن النبي عليه السلام

كتاب الزكوة

قال رحمه الله الزكوة واجبة على الحر البالغ العاقل المسلم اذا ملك نصابا
ملكا تاما وحال عليه الحول اما الوجوب فلقوله تعالى واتوا الزكوة
ولقوله عليه السلام ادوا زكوة اموالكم وعليه اجماع الامة والمراد بالواجب
الفرض لانه لا شبهة فيه واشتراط الحرية لان كمال الملك به والبلوغ
والعقل لما نذكره والاسلام لان الزكوة عبادة ولا يتحقق من الكافر

بد من مدة يتحقق فيها النماء وقدرها الشرع بالحول لقوله عليه السلام لا زكوة
في مال حتى يحول عليه الحول ولانه المتمكن من الاستنماء لاشتماله على الفصول
المختلفة والغالب تفاوت الاسعار فيها فادير الحكم عليه ثم قيل هي واجبة
على الفور لانه مقتضى مطلق الامر وقيل على التراخي لان جميع العمر وقت
للاداء ولهذا لا يضمن بهلاك النصاب بعد التفريط وليس على الصبي
والمجنون زكوة خلافا للشافعي فانه يقول هي غرامة مالية فيعتبر بسائر
المؤن كنفقة الزوجات وصار كالعشر والخراج ولنا انها عبادة فلا يتادى
الا بالاختيار تحقيقا لمعنى الابتلاء ولا اختيار لهما لعدم العقل بخلاف
الخراج لانه مؤنة الارض وكذا الغالب في العشر معنى المؤنة ومعنى العبادة
تابع ولو افاق في بعض السنة فهو بمنزلة افاقته في بعض الشهر في الصوم
وعن ابي يوسف رحمه الله انه يعتبر اكثر الحول ولا فرق بين الاصلي والعا
رض وعن ابي حنيفة انه اذا بلغ مجنونا يعتبر الحول من وقت الافاقة بمنزلة
الصبي اذا بلغ وليس على المكاتب زكوة لانه ليس بمالك من كل وجه لوجود المنافي
وهو الرق ولهذا لم يكن من اهل ان يعتق عبده ومن كان عليه دين يحيط
بماله فلا زكوة عليه وقال الشافعي تجب لتحقق السبب وهو ملك النصا
ب ولنا انه مشغول بحاجته الاصلية واعتبر معدوما كالماء المستحق
بالعطش وثياب المهنة وان كان ماله اكثر من دينه زكى الفاضل اذا بلغ
نصابا لفراغه عن الحاجة والمراد دين له مطالب من العباد حتى لا يمنع دين
النذر والكفارة ودين الزكوة مانع حال بقاء النصاب لانه ينتقص به
النصاب وكذا بعد الاستهلاك خلافا لزفر فيهما ولابي يوسف في الثاني
على ما روي عنه لان له مطالبا وهو الامام في السوائم ونائبه في اموال
التجارة فان الملاك نوابه قال وليس في دور السكنى وثياب البدن
واثاث المنازل ودواب الركوب وعبيد الخدمة وسلاح الاستعمال زكوة
لانها مشغولة بالحاجة الاصلية وليست بنامية ايضا وعلى هذا كتب العلم
لاهلها وآلة المحترفين لما قلنا ومن له على آخر دين فجحده سنين ثم قامت به
بينة لم يزكه لما مضى معناه صارت له بينة بان اقر عند الناس وهي مسئلة
مال الضمار وفيه خلاف زفر والشافعي ومن جملته مال المفقود والآبق
والمغصوب اذا لم يكن عليه بينة والمال الساقط في البحر والمدفون في المفازة
اذا نسي مكانه والذي اخذه السلطان مصادرة ووجوب صدقة الفطر

بسبب الاباق والضال والمغصوب على هذا الخلاف لهما ان السبب قد
تحقق وفوات اليد غير مخل بالوجوب كابن السبيل ولنا قول علي رضي الله
عنه لا زكوة في المال الضمار ولان السبب هو المال النامي ولا نماء الا بالقدرة
على التصرف ولا قدرة عليه وابن السبيل يقدر بنائبه والمدفون
في البيت نصاب لتيسر الوصول اليه وفي المدفون في ارض او كرم اختلاف
المشايخ رحمهم الله ولو كان الدين على مقر ملي او معسر تجب الزكوة لامكان
الوصول اليه ابتداء او بواسطة التحصيل وكذا لو كان على جاحد وعليه
بينة او علم به القاضي لما بينا ولو كان على مقر مفلس فهو نصاب عند ابي
حنيفة لان تفليس القاضي لا يصح عنده وعند محمد لا يجب لتحقق الافلاس
عنده بالتفليس وابو يوسف مع محمد في تحقق الافلاس ومع ابي حنيفة
في حكم الزكوة رعاية لجانب الفقراء ومن اشترى جارية للتجارة ونواها
للخدمة بطلت عنها الزكوة لاتصال النية بالعمل وهو ترك التجارة
وان نواها للتجارة بعد ذلك لم تكن للتجارة حتى يبيعها فيكون في ثمنها
زكوة لان النية لم تتصل بالعمل اذ هو لم يتجر فلم يعتبر ولهذا يصير
المسافر مقيما بمجرد النية ولا يصير المقيم مسافرا الا بالسفر وان اشترى
شيا ونواه للتجارة كان للتجارة لاتصال النية بالعمل بخلاف ما اذا ورث
ونوى التجارة لانه لا عمل ولو ملكه بالهبة او بالوصية او بالنكاح او
الخلع او الصلح عن القود ونواه للتجارة كان للتجارة عند ابي يوسف رحمه الله
لاقترانها بالعمل وعند محمد لا يصير للتجارة لانها لم تقارن عمل التجارة وقيل
الاختلاف على عكسه ولا يجوز اداء الزكوة الا بنية مقارنة للاداء او مقارنة
لعزل مقدار الواجب لان الزكوة عبادة وكان من شرطها النية والاصل
فيها الاقتران الا ان الدفع يتفرق فاكتفي بوجودها حالة العزل تيسيرا كتقديم
النية في الصوم ومن تصدق بجميع ماله لا ينوي الزكوة سقط فرضها عنه
استحسانا لان الواجب جزء منه وكان متعينا فيه فلا حاجة الى التعيين
ولو ادى بعض النصاب سقط زكوة المؤدى عند محمد لان الواجب شائع في الكل
وعند ابي يوسف لا يسقط لان البعض غير متعين لكون الباقي محلا للواجب بخلاف
الاول **باب صدقة السوائم فصل في الابل** قال رضي الله عنه ليس في اقل
من خمس ذود صدقة فاذا بلغت خمسا سائمة وحال عليها الحول ففيها شاة الى تسع
فاذا كانت عشرا ففيها شاتان الى اربع عشرة فاذا كانت خمس عشرة ففيها ثلاث شياه

الى تسع عشرة فاذا كانت عشرين ففيها اربع شياه الى اربع وعشرين فاذا بلغت
خمسا وعشرين ففيها بنت مخاض وهي التي طعنت في الثانية الى خمس وثلاثين
فاذا كانت ستا وثلاثين ففيها بنت لبون وهي التي طعنت في الثالثة
الى خمس واربعين فاذا كانت ستا واربعين ففيها حقة وهي التي طعنت في
الرابعة الى ستين فاذا كانت احدى وستين ففيها جذعة وهي التي طعنت
في الخامسة الى خمس وسبعين فاذا كانت ستا وسبعين ففيها بنتا لبون
الى تسعين فاذا كانت احدى وتسعين ففيها حقتان الى مائة وعشرين
وبهذا اشتهرت كتب الصدقات من رسول الله صلى الله عليه وسلم
ثم اذا زادت على مائة وعشرين تستانف الفريضة فيكون في الخمس شاة مع
الحقتين وفي العشر شاتان وفي خمس عشرة ثلاث شياه وفي العشرين اربع
شياه وفي خمس وعشرين بنت مخاض الى مائة وخمسين فيكون فيها ثلاث
حقاق ثم تستانف الفريضة فيكون في الخمس شاة وفي العشر شاتان
وفي خمس عشرة ثلاث شياه وفي العشرين اربع شياه وفي خمس وعشرين
بنت مخاض وفي ست وثلاثين بنت لبون فاذا بلغت مائة وستا وتسعين
ففيها اربع حقاق الى مائتين ثم تستانف الفريضة ابدا كما تستانف في
الخمسين التي بعد المائة والخمسين وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله
اذا زادت على مائة وعشرين واحدة ففيها ثلاث بنات لبون فاذا صارت
مائة وثلاثين ففيها حقة وبنتا لبون ثم يدار الحساب على الاربعينات
والخمسينات فيجب في كل اربعين بنت لبون وفي كل خمسين حقة لما روي
انه عليه السلام كتب اذا زادت الابل على مائة وعشرين ففي كل خمسين
حقة وفي كل اربعين بنت لبون من غير شرط عود ما دونها ولنا انه عليه
السلام كتب في اخر كتاب عمرو بن حزم فما كان اقل من ذلك ففي كل خمس
ذود شاة فيعمل بالزيادة والبخت والعراب سواء لان مطلق الاسم يتناولهما
فصل في البقر ليس في اقل من ثلاثين من البقر صدقة فاذا كانت ثلاثين
سائمة وحال عليها الحول ففيها تبيع او تبيعة وهي التي طعنت في الثانية
وفي اربعين مسن او مسنة وهي التي طعنت في الثالثة بهذا امر رسول الله عليه السلام
معاذا رضي الله عنه فاذا زادت على اربعين وجب في الزيادة بقدر ذلك
الى ستين عند ابي حنيفة ففي الواحدة الزائدة ربع عشر مسنة وفي الاثنتين
نصف عشر مسنة وهذا رواية الاصل لان العفو ثبت نصا بخلاف القياس

ولا نص ههنا وروى الحسن عنه انه لا يجب في الزيادة شيء حتى يبلغ خمسين ثم فيها
مسنة وربع مسنة او ثلث تبيع لان مبنى هذا النصاب على ان يكون بين
كل عقدين وقص وفي كل عقد واجب وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لا
شيء في الزيادة حتى يبلغ ستين وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله لقوله
عليه السلام لمعاذ رضي الله عنه لا تأخذ من اوقاص البقر شيئا وفسروه
بما بين اربعين الى ستين قلنا قد قيل ان المراد منها الصغار ثم في الستين
تبيعان او تبيعتان وفي سبعين مسنة وتبيع وفي الثمانين مسنتان
وفي تسعين ثلاثة اتبعة وفي المائة تبيعان ومسنة وعلى هذا يتغير الفرض
في كل عشر من تبيع الى مسنة ومن مسنة الى تبيع لقوله عليه السلام في
كل ثلاثين من البقر تبيع او تبيعة وفي كل اربعين مسن او مسنة والجواميس
والبقر سواء لان اسم البقر يتناولهما اذ هو نوع منه الا ان اوهام
الناس لا تسبق اليه في ديارنا لقلته فلذلك لا يحنث به في يمينه لا يأكل
لحم بقر **فصل في الغنم** قال رحمه الله ليس في اقل من اربعين من الغنم
السائمة صدقة فاذا كانت اربعين سائمة وحال عليها الحول ففيها شاة
الى مائة وعشرين فاذا زادت واحدة ففيها شاتان الى مائتين فاذا زادت
واحدة ففيها ثلث شياه فاذا بلغت اربعمائة ففيها اربع شياه ثم في كل
مائة شاة شاة هكذا ورد البيان في كتاب رسول الله صلى الله عليه وسلم
وفي كتاب ابي بكر رضي الله عنه وعليه انعقد الاجماع والضأن والمعز سواء
لان لفظة الغنم شامل للكل والنص ورد به ويؤخذ الثني في زكوتها ولا
يؤخذ الجذع والثني منها ما تمت له سنة والجذع ما اتى عليه اكثرها
وعن ابي حنيفة وهو قولهما يؤخذ الجذع لقوله عليه السلام انما حقنا
الجذعة والثني ولانه يتادى به الاضحية فكذا الزكوة وجه الظاهر حديث
علي رضي الله عنه موقوفا ومرفوعا لا يؤخذ في الزكوة الا الثني فصاعدا
ولان الواجب هو الوسط وهذا من الصغار ولهذا لا يجوز فيه الجذع من المعز
وجواز التضحية به عرف نصا فالمراد بما روي الجذعة من الابل ويؤخذ في زكوة
الغنم الذكور والاناث لان اسم الشاة ينتظمهما وقد قال عليه السلام في
اربعين شاة شاة **فصل في الخيل** اذا كانت الخيل سائمة ذكورا واناثا
فصاحبها بالخيار ان شاء اعطى من كل فرس دينارا وان شاء قومها واعطى من كل
مائتي درهم خمسة دراهم وهذا عند ابي حنيفة وهو قول زفر وقالا لا زكوة

في الخيل لقوله عليه السلام ليس على المسلم في عبده ولا في فرسه صدقة وله
قوله عليه السلام في كل فرس سائمة دينار او عشرة دراهم وتأويل ما روياه
فرس الغازي وهو المنقول عن زيد بن ثابت رضي الله عنه والتخيير بين
الدنانير والتقويم مأثور عن عمر رضي الله عنه وليس في ذكورها منفردة
زكوة لانها لا تتناسل وكذا في الاناث المنفردات في رواية وعنه الوجوب
فيها لانها تتناسل بالفحل المستعار بخلاف الركوب وعنه انها تجب في الذ
كور المفردة ايضا ولا شيء في البغال والحمير والفصلان والعجاجيل صدقة
لقوله عليه السلام لم ينزل علي فيهما شيء والمقادير تثبت سماعا الا ان يكون
للتجارة لان الزكوة حينئذ تتعلق بالمالية كسائر اموال التجارة **فصل**
وليس في الحملان والفصلان والعجاجيل صدقة عند ابي حنيفة وهذا
آخر اقواله وهو قول محمد رحمه الله وكان يقول اولا يجب فيها ما يجب
في المسان وهو قول زفر ومالك رحمهما الله ثم رجع وقال فيها واحدة
منها وهو قول ابي يوسف والشافعي رحمهم الله وجه قوله الاول ان
الاسم المذكور في الخطاب ينتظم الصغار والكبار ووجه الثاني تحقيق
النظر من الجانبين كما يجب في المهازيل واحدة منها ووجه الاخير ان المقا
دير لا يدخلها القياس فاذا امتنع ايجاب ما ورد به الشرع امتنع اصلا
واذا كان فيها واحد من المسان جعل الكل تبعا له في انعقادها نصابا دون
تأدية الزكوة ثم عند ابي يوسف رحمه الله لا يجب فيما دون الاربعين
من الحملان وفيما دون الثلثين من العجاجيل ويجب في خمس وعشرين من الفصلان
واحد ثم لا يجب شيء حتى تبلغ مبلغا لو كانت مسانا يثنى الواجب ثم لا يجب
حتى يبلغ مبلغا لو كانت مسانا يثلث الواجب ولا يجب فيما دون خمس
وعشرين في رواية وعنه انه يجب في الخمس خمس فصيل وفي العشر خمسا فصيل
على هذا الاعتبار وعنه انه ينظر الى قيمة خمس فصيل في الخمس والى قيمة
شاة فيجب اقلهما وفي العشر الى قيمة شاتين والى قيمة خمسي فصيل
على هذا الاعتبار قال ومن وجب عليه سن فلم يوجد اخذ المصدق اعلى
منها ورد الفضل او اخذ دونها واخذ الفضل وهذا يبتنى على ان اخذ
القيمة في باب الزكوة جائز عندنا على ما نذكر ان شاء الله الا ان في الوجه الاول
له ان لا يأخذ ويطالب بعين الواجب او بقيمته لانه شراء وفي الوجه
الثاني يجبر لانه لا بيع فيه بل هو اعطاء بالقيمة ويجوز دفع القيم في الزكوة

عندنا وكذا في الكفارة وصدقة الفطر والعشر والنذر وقال الشافعي لا يجوز
اتباعا للمنصوص كما في الهدايا والضحايا ولنا ان الامر بالاداء الى الفقير ايصال
للرزق الموعود اليه فيكون ابطالا لقيد الشاة وصار كالجزية بخلاف
الهدايا لان القربة فيها اراقة الدم وهو لا يعقل ووجه القربة في المتنازع
فيه سد خلة المحتاج وهو معقول وليس في العوامل والعلوفة صدقة
خلافا لمالك رحمه الله له ظواهر النصوص ولنا قوله عليه السلام ليس
في العوامل والحوامل ولا في البقر المثيرة صدقة ولان السبب هو المال
النامي ودليله الاسامة او الاعداد للتجارة ولم يوجد ولان في العلوفة
تتراكم المؤنة فينعدم النماء معنى ثم السائمة هي التي تكتفي بالرعي في اكثر
الحول حتى لو علفها نصف السنة او كانت علوفة لان القليل تابع للاكثر
ولا ياخذ المصدق خيار المال ولا رذالته وياخذ الوسط لقوله عليه السلام
لا تاخذوا من حزرات اموال الناس اي كرائمها وخذوا من حواشي اموا
لهم اي اوساطها ولان فيه نظرا من الجانبين قال ومن كان له نصاب
فاستفاد في اثناء الحول من جنسه ضمه اليه وزكاه به وقال الشافعي
لا يضم اليه لانه اصل في حق الملك فكذا في وظيفته بخلاف الاولاد والا
رباح لانها تابعة في الملك حتى ملكت بملك الاصل ولنا ان المجانسة هي
العلة لان عندها تتعسر الميز فيتعسر اعتبار الحول لكل مستفاد وما شرط
الحول الا للتيسير قال والزكوة عند ابي حنيفة وابي يوسف في النصاب
دون العفو وقال محمد وزفر فيهما حتى لو هلك العفو وبقي النصاب
بقي كل الواجب عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد وزفر يسقط بقدره
لمحمد وزفر ان الزكوة وجبت بشكر نعمة المال والكل نعمة ولهما قوله
عليه السلام في خمس من الابل شاة وليس في الزيادة شيء حتى يبلغ عشرا
وهكذا قال في كل نصاب نفي الوجوب عن العفو تبع للنصاب فيصرف
الهلاك اولا الى التبع كالربح في مال المضاربة وقال ابو حنيفة يصرف
الهلاك بعد العفو الى النصاب الاخير الى الذي يليه الى ان ينتهي لان
الاصل هو النصاب الاول وما زاد عليه تابع وعند ابي يوسف يصرف
الى العفو اولا ثم الى النصب شايعا واذا اخذ الخوارج الخراج وصدقة
السوائم لا يثني عليهم لان الامام لم يحمهم والجباية بالحماية وافتوا بان
يعيدوها دون الخراج لانهم مصارف الخراج لكونهم مقاتلة والزكوة

مصرفها الفقراء ولا يصرفونها اليهم وقيل اذا نوى بالدفع التصدق عليهم
سقط عنه وكذا الدفع الى كل جائر لانهم بما عليهم من التبعات فقراء والاول
احوط وليس على صبي من بني تغلب في سائمته شيء وعلى المراة ما على الرجل
منهم لان الصلح قد جرى على ضعف ما يوخذ من المسلمين ويوخذ من
نساء المسلمين دون صبيانهم وان هلك المال بعد وجوب الزكوة
سقط الزكوة وقال الشافعي رحمه الله اذا هلك بعد التمكن من الاداء
لان الواجب في الذمة فصار كصدقة الفطر ولانه منعه بعد الطلب
فصار كالاستهلاك ولنا ان الواجب جزء من النصاب تحقيقا للتيسير
فيسقط بهلاك محله كدفع العبد الجاني بالجناية يسقط بهلاكه و
المستحق فقير يعينه المالك ولم يتحقق منه الطلب وبعد طلب الساعي
قيل يضمن وقيل لا يضمن لانعدام التفويت وفي الاستهلاك وجد
التعدي وفي هلاك البعض يسقط بقدره اعتبارا له بالكل وان قدم
الزكوة على الحول وهو مالك النصاب جاز لانه ادى بعد سبب الوجوب
فيجوز كما اذا كفر بعد الجرح وفيه خلاف مالك ويجوز التعجيل لاكثر
من سنة لوجود السبب ويجوز لنصب اذا كان في ملكه نصاب واحد
خلافا لزفر رحمه الله لان النصاب الاول هو الاصل في السببية والزائد
عليه تابع والله اعلم

باب زكوة المال فصل في الفضة

ليس فيما دون مائتي درهم صدقة لقوله عليه السلام ليس فيما دون خمس
اواق صدقة والاوقية اربعون درهما فاذا كانت مائتين وحال عليها
الحول ففيها خمسة دراهم لانه عليه السلام كتب الى معاذ ان خذ من كل
مائتي درهم خمسة دراهم ومن كل عشرين مثقالا من ذهب نصف مثقال
قال ولا شيء في الزيادة حتى يبلغ اربعين فيكون فيها درهم ثم في
كل اربعين درهما درهم وهذا عند ابي حنيفة وقال صاحباه ما زاد على
المائتين فزكوته بحسابه وهو قول الشافعي لقوله عليه السلام في حديث
علي رضي الله عنه وما زاد على المائتين فبحسابه ولان الزكوة وجبت شكرا
لنعمة المال واشتراط النصاب في الابتداء ليتحقق الغنى وبعد النصاب
في السوائم تحرزا عن التشقيص ولابي حنيفة قوله عليه السلام في حديث معاذ
لا تاخذ من الكسور شيئا وقوله في حديث عمرو بن حزم ليس فيما دون الا
ربعين صدقة ولان الحرج مدفوع في ايجاب الكسور ذلك لتعذر الوقوف

والمعتبر في الدراهم وزن سبعة وهو أن يكون العشرة منها وزن سبعة
مثاقيل بذلك جرى التقدير في ديوان عمر رضي الله عنه واستقر الأمر عليه
فإذا كان الغالب على الورق الفضة فهو في حكم الفضة وإن كان الغالب
الغش فهو في حكم العروض يعتبر أن يبلغ قيمته نصابا لأن الدراهم
لا تخلو عن قليل غش لأنها لا تنطبع إلا به وتخلو عن الكثير فجعلنا الغلبة
فاصلة وهو أن يزيد على النصف اعتبارا للحقيقة وسنذكره في
الصرف إن شاء الله إلا أن في غالب الغش لا بد من نية التجارة كما في سائر
العروض إلا إذا كان يخلص منها فضة تبلغ نصابا لأنه لا يعتبر في عين الفضة
القيمة ولا نية التجارة **فصل في الذهب** ليس فيما دون عشرين
مثقالا من ذهب صدقة فإذا كانت عشرين مثقالا وحال عليها الحول
ففيها نصف مثقال لما روينا والمثقال ما يكون كل سبعة منها وزن عشرة
دراهم وهو المعروف ثم في كل أربعة مثاقيل قيراطان لأن الواجب
ربع العشر وذلك فيما قلنا إذ كل مثقال عشرون قيراطا وليس فيما دون
أربعة مثاقيل صدقة عند أبي حنيفة وعندهما يجب بحساب ذلك
وهي مسألة الكسور وكل دينار عشرة دراهم في الشرع فيكون أربعة
مثاقيل في هذا كأربعين درهما قال وفي تبر الذهب والفضة وحليهما
وأوانيهما الزكوة وقال الشافعي لا تجب في حلي النساء وخاتم الفضة
للرجال لأنه مبتذل في مباح فشابه ثياب البذلة ولنا أن السبب
مال نام ودليل النماء موجود وهو الإعداد للتجارة خلقة والدليل
هو المعتبر بخلاف الثياب **فصل في العروض** الزكوة واجبة في
عروض التجارة كائنة ما كانت إذا بلغت قيمتها نصابا من الورق أو
الذهب لقوله عليه السلام فيها يقومها فيؤدي من كل مائتي درهم
خمسة دراهم ولأنها معدة للاستنماء بإعداد العبد فأشبه المعد
بإعداد الشرع ويشترط نية التجارة ليثبت الإعداد ثم قال يقومها
بما هو أنفع للمساكين احتياطا لحق الفقراء قال رضي الله عنه وهذا
رواية عن أبي حنيفة وفي الأصل خيره لأن الثمنين في تقدير قيم الأشياء
بهما سواء وتفسير الأنفع أن يقومها بما يبلغ نصابا وعن أبي يوسف أنه
يقومها بما اشترى إن كان الثمن من النقود لأنه أبلغ في معرفة المالية
وإن اشتراها بغير النقود قومها بالنقد الغالب وعن محمد أنه يقومها

بالنقد الغالب على كل حال كما في المغصوب والمستهلك وإذا كان النصاب
كاملا في طرفي الحول فنقصانه فيما بين ذلك لا يسقط الزكوة لأنه يشق
اعتبار الكمال في أثنائه أما لا بد منه في ابتدائه للانعقاد وتحقق الغنى
وفي انتهائه للوجوب ولا كذلك فيما بين ذلك لأنه حالة البقاء ويضم قيمة
العروض إلى الذهب والفضة لأن الوجوب في الكل باعتبار التجارة وإن
افترقت جهة الإعداد ويضم الذهب إلى الفضة للمجانسة من حيث الثمنية
ومن هذا الوجه صار سببا ثم يضم بالقيمة عند أبي حنيفة وعندهما
بالأجزاء وهو رواية عنه حتى أن من كان له مائة درهم وخمسة مثاقيل
ذهب تبلغ قيمتها مائة درهم فعليه الزكوة عنده خلافا لهما هما يقولان
المعتبر فيهما القدر دون القيمة حتى لا تجب الزكوة في مصوغ وزنه أقل
من مائتين وقيمته فوقها هو يقول إن الضم للمجانسة وهي تتحقق باعتبار
القيمة دون الصورة فيضم بها **باب فيمن يمر على العاشر**
بمال إذا مر على عاشر بمال فقال أصبته منذ أشهر أو علي دين وحلف صدق
فالعاشر من نصبه الإمام على الطريق ليأخذ الصدقات من التجار فمن أنكر
منهم تمام الحول أو الفراغ من الدين كان منكرا للوجوب والقول قول
المنكر مع اليمين وكذا إذا قال أديت إلى عاشر آخر ومراده إذا كان في تلك
السنة عاشر آخر لأنه ادعى وضع الأمانة موضعها بخلاف ما إذا لم يكن
عاشر آخر في تلك السنة لأنه ظهر كذبه بيقين وكذا إذا قال أديتها أنا
يعني إلى الفقراء في المصر لأن الأداء كان مفوضا إليه فيه وولاية الأخذ بالمرور
لدخوله تحت الحماية وكذا الجواب في صدقة السوائم في ثلاثة فصول
وفي الفصل الرابع وهو ما إذا قال أديت بنفسي إلى الفقراء لا يصدق
وإن حلف وقال الشافعي يصدق لأنه أوصل الحق إلى المستحق ولنا أن حق
الأخذ للسلطان فلا يملك إبطاله بخلاف الأموال الباطنة ثم قيل الزكوة
هو الأول والثاني سياسة وقيل هو الثاني والأول ينقلب نفلا وهو
الصحيح ثم فيما يصدق في السوائم وأموال التجارة لم يشترط إخراج البراءة
في الجامع الصغير وشرطه في الأصل وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة لأنه ادعى
ويصدق دعواه علامة فيجب إبرازها وجه الأول أن الخط يشبه الخط فلم
يعتبر علامة قال وما صدق فيه المسلم صدق فيه الذمي لأن ما يؤخذ
ضعف ما يؤخذ من المسلم فتراعى تلك الشرائط تحقيقا للتضعيف و

يصدق الحربي الا في الجواري يقول هن امهات اولادي لان الاخذ منه بطريق
الحماية وما في يده من المال يحتاج الى الحماية غير ان اقراره بنسب من في يده
منه صحيح فكذا بامية الولد لانه تبنى عليه فانعدمت صفة المالية فيهن
والاخذ لا يجب الا من المال قال ويوخذ من المسلم ربع العشر ومن الذمي
نصف العشر ومن الحربي العشر هكذا امر عمر رضي الله عنه سعاته وان مر
حربي بخمسين درهما لم يوخذ منه شيء الا ان يكونوا ياخذون منا من مثلها
لان الاخذ منهم بطريق المجازاة بخلاف المسلم والذمي لان الماخوذ
زكوة او ضعفها فلا بد من النصاب وهذا في الجامع الصغير وفي كتاب
الزكوة لانا ناخذ من القليل وان كانوا ياخذون منه لان القليل لم
يزل عفوا ولانه لا يحتاج الى الحماية قال وان مر حربي بمائتي درهم ولا يعلم
كم ياخذون منا اخذ منه العشر لقول عمر رضي الله عنه فان اعياكم فالعشر
وان علم انهم ياخذون منا ربع عشر او نصف عشر يوخذ بقدره وان كانوا
ياخذون الكل لا ناخذ الكل لانه غدر وان كانوا لا ياخذون اصلا لا ناخذ ليتركوا الاخذ
من تجارنا ولانا احق بمكارم الاخلاق قال وان مر الحربي على عاشر فعشره
ثم مر مرة اخرى لم يعشره حتى يحول الحول لان الاخذ في كل مرة استيصال المال
وحق الاخذ لحفظه ولان حكم الامان الاول باق وبعد الحول يتجدد الامان
لانه لا يمكن من المقام الا حولا والاخذ بعده لا يستاصل المال وان عشره
فرجع الى دار الحرب ثم خرج من يومه ذلك عشره ايضا لانه رجع بامان
جديد وكذا الاخذ بعده لا يفضي الى الاستيصال وان مر ذمي بخمر او خنزير
عشر الخمر دون الخنزير وقوله عشر الخمر اي من قيمتها وقال الشافعي لا يعشر
لانه لا قيمة لهما وقال زفر يعشرهما لاستوائهما في المالية عندهم وقال
ابو يوسف يعشرهما اذا مر بهما جملة كانه جعل الخنزير تبعا للخمر
وان مر بكل واحد على الانفراد عشر الخمر دون الخنزير ووجه الفرق على الظاهر
ان القيمة في ذوات القيم لها حكم العين والخنزير منها وفي ذوات الامثال
ليس لها هذا الحكم والخمر منها ولان حق الاخذ للحماية والمسلم يحمي خمر نفسه
للتخليل وكذا يحميها على غيره ولا يحمي خنزير نفسه بل يجب تسييبه بالاسلام
فكذا لا يحميه على غيره ولو مر صبي او امراة من بني تغلب بمال فليس على الصبي
شيء وعلى المراة ما على الرجل لما ذكرنا في السوائم ومن مر على العاشر بمائة درهم
واخبره ان له في منزله مائة اخرى قد حال عليها الحول لم يزك التي مر بها لقلة

وما في

وما في بيته لم يدخل تحت حمايته ولو مر بمائتي درهم بضاعة لم يعشرها لانه غير
ماذون باداء زكوته قال وكذا المضاربة يعني اذا مر المضارب به وكان ابو
حنيفة يقول اولا يعشرها لقوة حق المضارب حتى لا يملك رب المال نهيه
عن التصرف فيه بعد ما صار عروضا فنزل منزلة المالك ثم رجع الى ما
ذكر في الكتاب وهو قولهما لانه ليس بمالك ولا نائب عنه في اداء الزكوة
الا ان يكون في المال ربح يبلغ نصيبه نصابا فيوخذ منه لانه مالك
له ولو مر عبد ماذون بمائتي درهم وليس عليه دين عشره وقال ابو يوسف
لا ادري ان ابا حنيفة رجع عن هذا ام لا وقياس قوله الثاني في المضاربة
وهو قولهما انه لا يعشره لان الملك فيما في يده للمولى وله التصرف فصار
كالمضارب وقيل في الفرق بينهما ان العبد يتصرف لنفسه حتى لا يرجع
بالعهدة على المولى فكان هو المحتاج الى الحماية والمضارب يتصرف
بحكم النيابة حتى يرجع بالعهدة فكان رب المال هو المحتاج فلا يكون
الرجوع في المضارب رجوعا منه في العبد وان كان مولاه معه يوخذ منه
لان الملك له الا اذا كان على العبد دين يحيط بماله لانعدام الملك
او للشغل قال ومن مر على عاشر الخوارج في ارض قد غلبوا عليها فعشره
يثنى عليه الصدقة معناه اذا مر على عاشر اهل العدل لان التقصير
من قبله حيث مر عليه

باب المعادن والركاز

قال رضي الله عنه معدن ذهب او فضة او حديد او رصاص او صفر وجد في ارض
خراج او عشر ففيه الخمس عندنا وقال الشافعي لا شيء عليه لانه مباح
سبقت يده اليه كالصيد الا اذا كان المستخرج ذهبا او فضة فيجب
فيه الزكوة ولا يشترط الحول في قول لانه نماء كله والحول للتنمية ولنا
قوله عليه السلام وفي الركاز الخمس وهو من الركز وانطلق على المعدن
ولانها كانت في ايدي الكفرة وحوتها ايدينا غلبة فكانت غنيمة وفي
الغنائم الخمس بخلاف الصيد لانه لم يكن في يد احد الا ان للغانمين يدا
حكمية لثبوتها على الظاهر فاما الحقيقية فللواجد فاعتبرنا الحكمية في
حق الخمس والحقيقية في حق الاربعة الاخماس حتى كانت للواجد ولو وجد
في داره معدنا فليس فيه شيء عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد رحمهم
الله فيه الخمس لاطلاق ما روينا وله انه من اجزاء الارض مركب فيها ولا مؤنة
في سائر الاجزاء فكذا في هذا الجزء لان الجزء لا يخالف الجملة بخلاف الكنز

لانه غير مركب فيه وان وجده في ارضه فعن ابي حنيفة فيه روايتان ووجه
الفرق على احديهما وهو رواية الجامع الصغير ان الدار ملكت خالية عن
المؤن دون الارض ولهذا وجب العشر والخراج في الارض دون الدار فكذا
هذه المؤنة وان وجد ركازا اي كنزا وجب الخمس عندهم لما روينا واسم
الركاز ينطلق على الكنز لمعنى الركز فيه وهو الاثبات ثم ان كان على
ضرب اهل الاسلام كالمكتوب عليه كلمة الشهادة فهو بمنزلة اللقطة
وقد عرف حكمه في موضعه وان كان على ضرب اهل الجاهلية كالمنقوش
عليها الصنم ففيه الخمس على كل حال لما بينا ثم ان وجده في ارض مباح فا
اربعة اخماسه للواجد لانه تم الاحراز منه اذ لا علم به للغانمين فيختص
هو به وان وجده في ارض مملوكة فكذا الحكم عند ابي يوسف لان الاستحقا
بتمام الحيازة وهي منه وعند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله هو للمختط له
وهو الذي ملكه الامام هذه البقعة اول الفتح لانه سبقت يده اليه
وهي يد الخصوص فيملك به ما في الباطن وان كانت على الظاهر كمن اصطاد
سمكة في بطنها درة ملك الدرة ثم بالبيع لم يخرج عن ملكه لانه مودع فيها
بخلاف المعدن لانه من اجزائها فينتقل الى المشتري وان لم يعرف المختط
له يصرف الى اقصى مالك يعرف في الاسلام على ما قالوا ولو اشتبه
الضرب يجعل جاهليا في ظاهر المذهب لانه الاصل وقيل اسلاميا
في زماننا لتقادم العهد ومن دخل دار الحرب بامان فوجد في دار بعضهم
ركازا رده عليهم تحرزا عن الغدر لان ما في الدار في يد صاحبها خصوصا
وان وجده في الصحراء فهو له لانه ليس في يد احد على الخصوص فلا يعد
غدرا ولا شيء فيه لانه بمنزلة متلصص غير مجاهر وليس في الفيروزج الذي يوجد
في الجبال خمس لقوله عليه السلام لا خمس في الحجر وفي الزيبق الخمس في
قول ابي حنيفة رضي الله عنه اخرا خلافا لابي يوسف ولا خمس في اللؤلؤ
والعنبر عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف فيهما وفي كل حلية تخرج
من البحر خمس لان عمر رضي الله عنه اخذ الخمس من العنبر ولهما ان قعر البحر
لم يرد عليه القهر فلا يكون الماخوذ منه غنيمة وان كان ذهبا او فضة
والمروي عن عمر فيما دسره البحر وبه نقول متاع وجد ركازا فهو للذي وجده
وفيه الخمس معناه وجد في ارض لا مالك لها لانه غنيمة بمنزلة الذهب
والفضة والله اعلم

باب زكاة الزروع والثمار

قال ابو حنيفة رضي الله عنه في قليل ما اخرجته الارض وكثيره العشر سواء
سقي سيحا او سقته السماء الا الحطب والقصب والحشيش وقالا لا يجب
العشر الا فيما له ثمرة باقية اذا بلغ خمسة اوسق والوسق ستون صاعا بصاع
رسول الله صلى الله عليه وسلم وليس في الخضراوات عندهما عشر فالخلاف
في موضعين في اشتراط النصاب وفي اشتراط البقاء لهما في الاول قوله
عليه السلام ليس فيما دون خمسة اوسق صدقة ولانه صدقة فيشترط النصاب
فيه ليتحقق الغنا ولابي حنيفة رحمه الله قوله عليه السلام ليس فيما دون ما
اخرجت الارض ففيه العشر من غير فصل وتاويل ما رويناه زكاة التجارة
لانهم كانوا يتبايعون بالاوساق وقيمة الوسق اربعون درهما ولا معتبر
بالمالك فيه فكيف بصفته وهو الغنا ولهذا لا يشترط الحول لانه للاستنماء
وهو كله نماء ولهما في الثاني قوله عليه السلام ليس في الخضراوات صدقة
والزكاة غير منفية فتعين العشر وله ما روينا ومرويهما محمول على صدقة
ياخذها العاشر وبه اخذ ابو حنيفة ولان الارض قد تستنمى بما لا يبقى
والسبب هي الارض النامية ولهذا يجب فيها الخراج اما الحطب والقصب
والحشيش لا تستنبت في الجنان عادة بل تنفى عنها حتى لو اتخذها مقصبة
او مشجرة او منبتا للحشيش يجب فيها العشر والمراد بالمذكور القصب
الفارسي اما قصب السكر وقصب الذريرة ففيهما العشر لانه يقصد
بهما استغلال الارض بخلاف السعف والتبن لان المقصود الحب و
الثمر دونهما قال وما سقي بغرب او دالية او سانية ففيه نصف العشر
على القولين والفرق فيما يسقى بالسماء او سيحا وان سقي سيحا وبدالية
فالمعتبر اكثر السنة كما مر في السائمة قال ابو يوسف رحمه الله فيما لا
يوسق كالزعفران والقطن يجب فيه العشر اذا بلغت قيمته قيمة خمسة
اوسق من ادنى ما يوسق كالذرة في زماننا لانه لا يمكن التقدير الشرعي
فيه فاعتبرت قيمته كما في عروض التجارة وقال محمد يجب العشر اذا بلغ
الخارج خمسة اعداد من اعلى ما يقدر به نوعه فاعتبر في القطن خمسة
احمال كل حمل ثلثمائة من وفي الزعفران خمسة امنان لان التقدير بالوسق
كان باعتبار انه اعلى ما يقدر به وفي العسل العشر اذا اخذ من ارض العشر
وقال الشافعي لا يجب لانه متولد من الحيوان فاشبه الابريسم ولنا
قوله عليه السلام في العسل العشر ولان النحل يتناول من الانوار والثمار

وفيهما العشر وكذا فيما يتولد منها بخلاف دود القز لانه يتناول الاوراق
ولا عشر فيها ثم عند ابي حنيفة يجب فيه العشر قل او كثر لانه لا يعتبر النصاب
وعن ابي يوسف انه يعتبر فيه القيمة كما هو اصله وعنه انه لا شيء فيه
حتى يبلغ عشر قرب لحديث ابي شبابه وكانوا يوفون الى رسول الله
عليه السلام كذلك وعنه خمسة امنا وعن محمد رحمه الله خمسة
افراق كل فرق ستة وثلاثون رطلا لانه اقصى ما يقدر به وكذا في
قصب السكر وما يوجد في الجبال من العسل والثمار فيه العشر وعن
ابي يوسف رحمه الله انه لا يجب لانعدام السبب وهو الارض النامية
وجه الظاهر ان المقصود حاصل وهو الخارج وكل شيء اخرجته الارض
مما فيه العشر لا يحتسب اجر العمال ونفقة البقر لان النبي عليه السلام
حكم بتفاوت الواجب بتفاوت المؤنة ولا معنى لرفعها تغلبي له ارض
عشر عليه العشر مضاعفا عرف ذلك باجماع الصحابة رضي الله عنهم وعن
محمد ان فيما اشتراه التغلبي من المسلم عشر واحد لان الوظيفة عنده
لا تتغير بتغير المالك وان اشتراها منه ذمي فهي على حالها عندهم لجواز
التضعيف عليه في الجملة كما اذا مر على العاشر وكذا اذا اشتراها منه
مسلم او اسلم التغلبي عند ابي حنيفة سواء كان التضعيف اصليا
او حادثا لان التضعيف صار وظيفة لها فتنتقل الى المسلم بما فيها
كالخراج وقال ابو يوسف يعود الى عشر واحد لزوال الداعي الى التضعيف
قال في الكتاب وهو قول محمد في بقاء التضعيف الا ان قوله لا يتاتى
الا في الاصلي لان التضعيف الحادث لا يتحقق عنده لعدم تغير
الوظيفة ولو كانت الارض لمسلم باعها من نصراني يريد به ذميا غير
تغلبي وقبضها فعليه الخراج عند ابي حنيفة لانه اليق بحال الكافر و
عند ابي يوسف عليه العشر مضاعفا ويصرف مصارف الخراج اعتبارا
بالتغلبي وهذا اهون من التبديل وعند محمد هي عشرية على حالها لانه
صار مؤنة لها فلا يتبدل كالخراج ثم في رواية يصرف مصارف الصدقات
وفي رواية مصارف الخراج فان اخذها منه مسلم بالشفعة او ردت على
البائع لفساد البيع فهي عشرية كما كانت اما الاول فلتحول الصفقة الى
الشفيع كانه اشتراها من المسلم واما الثاني فلانه بالرد والفسخ بحكم الفساد جعل
البيع كان لم يكن ولان حق المسلم لم ينقطع بهذا الشراء لكونه مستحق الرد

واذا كانت لمسلم دار خطة اختطها الامام فجعلها بستانا فعليه العشر معناه اذا سقاه
بماء العشر اما اذا كانت تسقى بماء الخراج ففيه الخراج لان المؤنة في مثل هذا تدور مع
الماء وليس على المجوسي في داره شيء لان عمر رضي الله عنه جعل المساكن عفوا وان
جعلها بستانا فعليه الخراج وان سقاه بماء العشر لتعذر ايجاب العشر اذ فيه
معنى القربة فيتعين الخراج وهو عقوبة تليق بحاله وعلى قياس قولهما يجب
العشر في الماء العشري الا ان عند محمد عشر واحد وعند ابي يوسف عشران
وقد مر الوجه ثم الماء العشري ماء السماء والابار والعيون والبحار التي
لا تدخل تحت ولاية احد والماء الخراجي ماء الانهار التي شقتها الاعاجم
وماء جيحون وسيحون ودجلة والفرات عشري عند محمد لانه لا يحميها
احد كالبحار وخراجي عند ابي يوسف رحمه الله لانه يتخذ عليها القناطر
من السفن وهذا يد عليها وفي ارض الصبي والمراة التغلبيين ما في ارض
الرجل التغلبي يعني العشر المضاعف في العشرية والخراج الواحد في الخراجية
لان الصلح جرى على تضعيف الصدقة دون المؤنة المحضة ثم على الصبي
والمراة اذا كانا من المسلمين العشر فيضعف ذلك اذا كانا منهم قال
وليس في عين القير والنفط في ارض العشر شيء لانه ليس من انزال الارض
وانما هو عين فوارة كعين الماء وعليه في ارض الخراج خراج وهذا اذا كان
حريمها صالحا للزراعة لان الخراج يتعلق بالتمكن من الزراعة والله اعلم

باب من يجوز دفع الصدقة اليه ومن لا يجوز

الاصل فيه قوله تعالى انما الصدقات للفقراء الاية فهذه ثمانية اصناف وقد
سقط منها المؤلفة قلوبهم لان الله تعالى اعز الاسلام واغنى عنهم وعلى
ذلك انعقد الاجماع والفقير من له ادنى شيء والمسكين من لا شيء له وهذا
مروي عن ابي حنيفة وقد قيل على العكس ولكل وجه ثم هما صنفان او صنف
واحد سنذكره في كتاب الوصايا ان شاء الله تعالى والعامل يدفع اليه
الامام ان عمل بقدر عمله فيعطيه ما يسعه واعوانه غير مقدر بالثمن خلافا
للشافعي لان استحقاقه بطريق الكفاية ولهذا ياخذ وان كان غنيا
الا ان فيه شبهة الصدقة فلا ياخذها العامل الهاشمي تنزيها لقرابة
الرسول عليه السلام عن شبهة الوسخ والغني لا يوازيه في استحقاق
الكرامة فلم تعتبر الشبهة في حقه وفي الرقاب يعان المكاتبون منها
في فك رقابهم هو المنقول والغارم من لزمه دين ولا يملك نصابا فاضلا

عن دينه وقال الشافعي رحمه الله من تحمل غرامة في اصلاح ذات البين واطفاء
النائرة بين القبيلتين وفي سبيل الله منقطع الغزاة عند ابي يوسف رحمه الله
لانه المتفاهم عند الاطلاق وعند محمد رحمه الله منقطع الحاج لما روي ان
رجلا جعل بعيرا له في سبيل الله فامره النبي عليه السلام ان يحمل عليه الحاج
ولا يصرف الى اغنياء الغزاة عندنا لان المصرف هو الفقراء وابن السبيل
من كان له مال في وطنه وهو في مكان لا شيء له فيه قال فهذه جهات
الزكوة فللمالك ان يدفع الى كل واحد منهم وله ان يقتصر على صنف
واحد وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز الا ان يصرف الى ثلاثة من كل
صنف لان الاضافة بحرف اللام للاستحقاق ولنا ان الاضافة لبيان
انهم مصارف لا لاثبات الاستحقاق وهذا لما عرف ان الزكوة حق
الله تعالى وبعلة الفقر صاروا مصارف فلا يبالي باختلاف جهاته والذي
ذهبنا اليه مروي عن عمر وابن عباس رضي الله عنهم ولا يجوز ان يدفع الزكوة
الى ذمي لقوله عليه السلام لمعاذ رضي الله عنه خذها من اغنيائهم و
ردها الى فقرائهم ويدفع ما سوى ذلك من الصدقة وقال الشافعي رحمه الله
لا يدفع وهو رواية عن ابي يوسف رحمه الله اعتبارا بالزكوة ولنا قوله
عليه السلام تصدقوا على اهل الاديان كلها ولولا حديث معاذ رضي الله
عنه لقلنا بالجواز في الزكوة ولا يبنى بها مسجد ولا يكفن بها ميت لانعدام
التمليك وهو الركن ولا يقضى بها دين ميت لان قضاء دين الغير لا يقتضي
التمليك منه سيما من الميت ولا يشترى بها رقبة له يعتق خلافا لمالك
رحمه الله ذهب اليه في تاويل قوله تعالى وفي الرقاب ولنا ان الاعتاق
اسقاط الملك وليس بتمليك ولا يدفع الى غني لقوله عليه السلام لا
يحل الصدقة لغني وهو باطلاقه حجة على الشافعي في غني الغزاة وكذا
حديث معاذ رضي الله عنه على ما رويناه قال ولا يدفع المزكي زكوته
الى ابيه وجده وان علا ولا الى ولده وولد ولده وان سفل لان منافع
الاملاك بينهم متصلة فلا يتحقق التمليك على الكمال ولا الى امرأته للاشتراك
في المنافع ولا تدفع المرأة الى زوجها عند ابي حنيفة رحمه الله لما ذكرنا وقالا
يدفع لقوله عليه السلام لك اجران اجر الصدقة واجر الصلوة قاله لامرأة
ابن مسعود رضي الله عنه وقد سالته عن التصدق عليه قلنا هو محمول
على النافلة قال ولا يدفع الى مكاتبه ومدبره وام ولده لفقدان التمليك

اذ كسب المملوك لسيده وله حق في كسب مكاتبه فلا يتم التمليك ولا الى
عبد قد اعتق بعضه عند ابي حنيفة لانه بمنزلة المكاتب عنده وقالا يدفع
اليه لانه حر مديون عندهما ولا يدفع الى مملوك غني لان الملك
واقع لمولاه ولا الى ولد غني اذا كان صغيرا لانه يعد غنيا بمال ابيه بخلاف
ما اذا كان كبيرا فقيرا لانه لا يعد غنيا بيسار ابيه وان كانت نفقته
عليه وبخلاف امرأة الغني لانها اذا كانت فقيرة لا تعد غنية بيسار
الزوج وبقدر النفقة لا تصير موسرة ولا يدفع الى بني هاشم لقوله
عليه السلام يا بني هاشم ان الله تعالى حرم عليكم غسالة الناس واوساخهم
وعوضكم منها بخمس الخمس بخلاف التطوع لان المال ههنا
كالماء يتدنس باسقاط الفرض اما التطوع فبمنزلة التبرد بالماء قال
وهم آل علي وآل عباس وآل جعفر وآل عقيل وآل الحارث بن عبد المطلب
ومواليهم اما هؤلاء فانهم ينسبون الى هاشم بن عبد مناف ونسبة
القبيلة اليه واما مواليهم فلما روي ان مولى رسول الله عليه السلام سأل
ايحل لي الصدقة فقال لا انت مولانا بخلاف ما اذا اعتق القرشي عبدا نصرانيا
حيث يؤخذ منه الجزية ويعتبر حال المعتق لانه القياس والالحاق بالمولى
بالنص وقد خص الصدقة قال ابو حنيفة اذا دفع الزكوة الى رجل يظنه
فقيرا ثم بان انه غني او هاشمي او كافر او دفع في ظلمة فبان انه ابوه او ابنه
فلا اعادة عليه قال ابو يوسف عليه الاعادة لظهور خطايه بيقين
وامكان الوقوف على هذه الاشيا فصار كالاواني والثياب ولهما
حديث معن بن يزيد فانه عليه السلام قال فيه يا يزيد لك ما نويت
ويا معن لك ما اخذت وقد دفع اليه وكيل ابيه صدقته لان الوقوف
على هذه الاشيا بالاجتهاد دون القطع فيبنى الامر فيها على ما يقع
عنده كما اذا اشتبهت عليه القبلة وعن ابي حنيفة في غير الغني انه
لا يجزيه والظاهر هو الاول وهذا اذا تحرى فدفع وفي اكبر رايه انه
مصرف واما اذا شك فلم يتحر او تحرى فدفع وفي اكبر رايه انه ليس بمصرف
لا يجزيه الا اذا علم انه فقير هو الصحيح ولو دفع الى شخص ثم علم انه
عبده او مكاتبه لا يجزيه لانعدام التمليك لعدم اهلية الملك وهو
الركن على ما مر ولا يجوز دفع الزكوة الى من يملك نصابا من اي مال كان
لان الغني الشرعي مقدر به والشرط ان يكون فاضلا عن الحاجة الاصلية

وانما النما شرط الوجوب ويجوز دفعها الى من يملك والنصاب يكون اقل من ذلك وان كان صحيحا مكتسبا لانه فقير والفقرا هم المصارف ولان حقيقة الحاجة لا يوقف عليها فادير الحكم على دليلها وهو فقد النصاب ويكره ان يدفع الى واحد مائتي درهم فصاعدا وان دفع جاز وقال زفر لا يجوز لان الغنا قارن الاداء فحصل الاداء الى الغني ولنا ان الغنا حكم الاداء فيتعقبه لكنه يكره لقرب الغنا منه كمن صلى وبقربه نجاسة قال وان يغني به انسانا احب الى معناه الاغناء عن السؤال لان الاغنا مطلقا مكروه ويكره نقل الزكوة من بلد الى بلد وانما يفرق صدقة كل فريق فيهم لما روينا فيه من حديث معاذ رضي الله عنه وفيه رعاية حق الجوار الا ان ينقله انسان الى قرابته او الى قوم احوج من اهل بلده لما فيه من الصلة او زيادة دفع الحاجة ولو نقل الى غيرهم اجزاه وان كان مكروها لان المصرف مطلق الفقرا بالنص باب صدقة الفطر قال رضي الله عنه صدقة الفطر واجبة على الحر المسلم اذا كان مالكا لمقدار النصاب فاضلا عن مسكنه وثيابه واثاثه وفرسه وسلاحه وعبيده اما وجوبها فلقوله عليه السلام في خطبته ادوا عن كل حر وعبد صغير او كبير نصف صاع من بر او صاعا من تمر او صاعا من شعير رواه ثعلبة بن صعير العدوي او صعير العدوي وبمثله يثبت الوجوب لعدم القطع وشرط الحرية لتحقق التمليك والاسلام ليقع قربة واليسار لقوله عليه السلام لا صدقة الا عن ظهر غنى وهو حجة على الشافعي في قوله يجب على من يملك زيادة على قوت يومه لنفسه وعياله وقدر اليسار بالنصاب لتقدير الغنا في الشرع به فاضلا عما ذكر من الاشيا لانها مستحقة بالحاجة كالمعدوم ولا يشترط فيه النماء ويتعلق بهذا النصاب حرمان الصدقة ووجوب الاضحية والفطرة قال يخرج ذلك عن نفسه لحديث ابن عمر رضي الله عنه قال فرض رسول الله صلى الله عليه وسلم زكوة الفطر على الذكر والانثى الحديث ويخرج عن اولاده الصغار لان السبب راس يمونه ويلي عليه لانها تضاف اليه يقال زكوة الراس وهي امارة السببية والاضافة الى الفطر باعتبار انه وقت ولهذا يتعدد بتعدد الراس مع اتحاد اليوم والاصل في الوجوب راسه وهو يمونه ويلي عليه فيلحق به ما هو في معناه كاولاده الصغار لانه يمونهم ويلي عليهم

وما

ومماليكه للقيام الولاية والمونة وهذا اذا كانوا للخدمة ولا مال للصغار فان كان لهم مال يؤدي من مالهم عند ابي حنيفة وابي يوسف خلافا لمحمد لان الشرع اجراه مجرى المونة فاشبه النفقة ولا يؤدي عن زوجته لقصور الولاية والمونة فانه لا يليها في غير حقوق النكاح ولا يمونها في غير الرواتب كالمداواة ولا عن اولاده الكبار وان كانوا في عياله لانعدام الولاية ولو ادى عنهم او عن زوجته بغير امرهم اجزاهم استحسانا لثبوت الاذن عادة ولا يخرج عن مكاتبه لعدم الولاية ولا المكاتب عن نفسه لفقره وفي المدبر وام الولد ولاية المولى ثابتة فيخرج عنهما ولا يخرج عن مماليكه للتجارة خلافا للشافعي فان عنده وجوبها على العبد ووجوب الزكوة على المولى فلا تنافي وعندنا وجوبها على المولى بسببه كالزكوة فيؤدي الى الثنا والعبد بين شريكين لا فطرة على واحد منهما لقصور الولاية والمونة في حق كل واحد منهما وكذا العبيد بين اثنين عند ابي حنيفة وقالا على كل واحد ما يخصه من الروس دون الاشقاص بناء على انه لا يرى قسمة الرقيق وهما يريانها وقيل هو بالاجماع لعدم اجتماع النصيب قبل القسمة فلم يتم الرقبة لكل واحد منهما ويؤدي المسلم الفطرة عن عبده الكافر لاطلاق ما روينا ولقوله عليه السلام في حديث ابن عباس رضي الله عنهما ادوا عن كل حر وعبد يهودي او نصراني او مجوسي الحديث ولان السبب قد تحقق والمولى من اهله وفيه خلاف الشافعي لان الوجوب عنده على العبد وهو ليس من اهله ولو كان على العكس فلا وجوب بالاتفاق ومن باع عبدا واحدهما بالخيار ففطرته على من يصير له معناه اذا مر يوم الفطر والخيار باق وقال زفر على من له الخيار لان الولاية له وقال الشافعي على من له الملك لانه من وظائفه كالنفقة ولنا ان الملك موقوف فانه لو رد يعود الى قديم ملك البايع ولو اجيز يثبت الملك للمشتري من وقت العقد فيتوقف ما يبتني عليه بخلاف النفقة لانه للحاجة الناجزة فلا تقبل التوقف وزكوة التجارة على هذا الخلاف فصل في مقدار الواجب ووقته الفطرة نصف صاع من بر او دقيق او سويق او زبيب او صاع من تمر او شعير وقال ابو يوسف ومحمد الزبيب بمنزلة الشعير وهو رواية عن ابي حنيفة والاول رواية الجامع الصغير وقال الشافعي

قال رحمه

من جميع ذلك صاع لحديث ابي سعيد الخدري رضي الله عنه قال كنا
نخرج ذلك على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ولنا ما روينا وهو
مذهب جماعة من الصحابة رضوان الله عليهم فيهم الخلفاء الراشدون وما
رواه محمول على الزيادة تطوعا ولهما في الزبيب انه والتمر يتقاربان في
المقصود وله انه والبر يتقاربان في المعنى لانه يؤكل كل واحد منهما ويلقى من التمر
النواة ومن الشعير النخالة وبهذا ظهر التفاوت بين التمر والبر ومراده
من الدقيق والسويق ما يتخذ من البر اما دقيق الشعير فكالشعير والاولى
ان يراعى فيهما القدر والقيمة احتياطا وان نص على الدقيق في بعض الاخبار
ولم يبين ذلك في الكتاب اعتبارا للغالب والخبز يعتبر فيه القيمة هو
الصحيح ثم يعتبر نصف صاع من بر وزنا فيما يروى عن ابي حنيفة رحمه الله
وعن محمد انه يعتبر كيلا والدقيق اولى من البر والدراهم اولى من الدقيق
فيما يروى عن ابي يوسف رحمه الله وهو اختيار الفقيه ابي جعفر لانه
ادفع للحاجة واعجل به وعن ابي بكر الاعمش تفضيل الحنطة لانه ابعد من
الخلاف اذ في الدقيق والقيمة خلاف الشافعي والصاع عند ابي حنيفة
ومحمد ثمانية ارطال بالعراقي وقال ابو يوسف رحمه الله خمسة ارطال
وثلث رطل وهو قول الشافعي لقوله عليه السلام صاعنا اصغر الصيعان
ولنا ما روي انه عليه السلام كان يتوضأ بالمد رطلين ويغتسل بالصاع
والصاع ثمانية ارطال وهكذا كان صاع عمر رضي الله عنه وهو اصغر
من الهاشمي وكانوا يستعملون الهاشمي قال ووجوب الفطر يتعلق
بطلوع الفجر من يوم الفطر وقال الشافعي بغروب الشمس في اليوم
الاخير من رمضان حتى ان من اسلم او ولد ليلة الفطر يجب فطرته
عندنا وعنده لا يجب وعلى عكسه من مات فيها من مماليكه او ولده له
ان يختص بالفطر وهذا وقته ولنا ان الاضافة للاختصاص والاختصاص
للفطر باليوم دون الليل والمستحب ان يخرج الناس الفطرة يوم الفطر
قبل الخروج الى المصلى لانه عليه السلام كان يخرج قبل ان يخرج ولان
الامر بالاغناء كيلا يتشاغل الفقير بالمسألة عن الصلوة وذلك بالتقديم
فان قدموها على يوم الفطر جاز لانه ادى بعد تقرر السبب فاشبه التعجيل
في الزكوة ولا تفصيل بين مدة ومدة هو الصحيح وان اخروها عن يوم الفطر
لم تسقط وكان عليهم اخراجها لان وجه القربة فيها معقول فلا يتقدر

وقت الاداء فيها بخلاف الاضحية والله اعلم

كتاب الصوم

قال رضي الله عنه الصوم ضربان واجب ونفل فالواجب ضربان منه
ما يتعلق بزمان بعينه كصوم رمضان والنذر المعين ويجوز بنية
من الليل وان لم ينو حتى اصبح اجزأته النية ما بينه وبين الزوال وقال
الشافعي رضي الله عنه لا يجزيه اعلم ان صوم رمضان فريضة لقوله تعالى
كتب عليكم الصيام وعلى فرضيته انعقد الاجماع ولهذا يكفر جاحده والمنذور
واجب لقوله تعالى وليوفوا نذورهم وسبب الاول الشهر ولهذا يضاف
اليه ويتكرر بتكرره وكل يوم سبب وجوب صومه وسبب الثاني النذر
والنية من شرطه وسنبينه ونفسره ان شاء الله تعالى وجه قوله في الخلافية
قوله عليه السلام لا صيام لمن لم ينو الصيام من الليل ولانه لما فسد
الجزء الاول لفقد النية فسد الثاني ضرورة انه لا يتجزى بخلاف النفل
لانه متجزى عنده ولنا قوله عليه السلام بعدما شهد الاعرابي برؤية الهلال
الا من اكل فلا ياكلن بقية يومه ومن لم ياكل فليصم وما رواه محمول على
نفي الفضيلة والكمال او معناه لم ينو انه صوم من الليل ولانه يوم
صوم فيتوقف الامساك في اوله على النية المتاخرة المقترنة باكثره
كالنفل وهذا لان الصوم ركن واحد ممتد والنية لتعيينه لله تعالى
فتترجح بالكثرة جنبة الوجود بخلاف الصلاة والحج لان لهما اركانا
فيشترط قرانها بالعقد على ادائهما وبخلاف القضاء لانه يتوقف على
صوم ذلك اليوم وهو النفل بخلاف ما بعد الزوال لانه لم يوجد
اقترانها بالاكثر فترجحت جنبة الفوات ثم قال في المختصر ما بينه و
بين الزوال وفي الجامع الصغير قبل نصف النهار وهو الاصح لانه لا بد من
وجود النية في اكثر النهار ونصفه من وقت طلوع الفجر الى وقت الضحوة
الكبرى فيشترط النية قبلها ليتحقق في الاكثر ولا فرق بين المسافر والمقيم
خلافا لزفر رحمه الله فان عنده لا يجوز الصوم للمسافر اذا نوى قبل الزوال
لانه لا تفصيل فيما ذكرنا من الدليل وهذا الضرب من الصوم يتأدى
بمطلق النية وبنية النفل وبنية واجب اخر وقال الشافعي في نية النفل
عابث وفي مطلقها له قولان لانه بنية النفل معرض عن الفرض فلا يكون
له الفرض ولنا ان الفرض متعين فيه فيصاب باصل النية كالمتوحد في
الدار يصاب باسم جنسه واذا نوى النفل او واجبا آخر فقد نوى اصل الصوم

وزيادة جهة وقد لغت الجهة فبقي الاصل وهو كاف ولا فرق بين المسافر
والمقيم والصحيح والسقيم عند ابي يوسف ومحمد رحمهم الله لان الرخصة
شرعت كيلا يلزم المعذور مشقة فاذا تحملها التحق بغير المعذور وعند
ابي حنيفة اذا صام المريض والمسافر بنية واجب آخر يقع عنه لانه شغل
الوقت بالاهم لتحتمه في الحال وتخيره في صوم رمضان الى ادراك العدة
وعنه في نية التطوع روايتان والفرق على احديهما انه ما صرف الوقت
الى الاهم قال والضرب الثاني ما ثبت في الذمة كقضاء رمضان وصوم
الكفارة فلا يجوز الا بنية من الليل لانه غير متعين فلا بد من التعيين
من الابتداء والنفل كله يجوز بنية قبل الزوال خلافا لمالك فانه يتمسك
باطلاق ما روينا ولنا قوله عليه السلام بعد ما كان يصبح غير صائم اني اذا
لصائم ولان المشروع خارج رمضان هو النفل فيتوقف الامساك في اول
اليوم على صيرورته صوما بالنية على ما ذكرنا ولو نوى بعد الزوال لا
يجوز وقال الشافعي جاز ويصير صائما من حين نوى اذ هو متجزئ عنده لكونه مبنيا
على النشاط ولعله ينشط بعد الزوال الا ان من شرطه الامساك في اول النهار
وعندنا يصير صائما من اول النهار لانه عبادة قهر النفس وهي انما تتحقق بامساك
مقدر فيعتبر قران النية باكثره قال وينبغي للناس ان يلتمسوا الهلال في
اليوم التاسع والعشرين من شعبان فان رأوه صاموا فان غم عليهم اكملوا
عدة شعبان ثلاثين يوما ثم صاموا لقوله عليه السلام صوموا لرؤيته
وافطروا لرؤيته فان غم عليكم الهلال فاكملوا شعبان ثلاثين يوما ولان
الاصل بقاء الشهر فلا ينتقل عنه الا بدليل ولم يوجد ولا يصومون يوم الشك
الا تطوعا لقوله عليه السلام لا يصام اليوم الذي يشك فيه انه من رمضان
الا تطوعا وهذه المسألة على وجوه احدها ان ينوي صوم رمضان وهو مكروه
لما روينا ولانه تشبه باهل الكتاب لانهم زادوا في مدة صومهم ثم ان ظهر ان
اليوم من رمضان يجزيه لانه شهد الشهر وصامه وان ظهر انه من شعبان
كان تطوعا وان افطر لم يقضه لانه في معنى المظنون والثاني ان ينوي عن
واجب آخر وهو مكروه ايضا لما روينا الا ان هذا دون الاول في الكراهة
ثم ان ظهر انه من رمضان يجزيه لوجود اصل النية وان ظهر انه من شعبان
فقد قيل يكون تطوعا لانه منهي عنه فلا يتأدى به الواجب وقيل اجزاه عن الذي
نواه وهو الاصح لان المنهي عنه وهو التقدم على رمضان بصوم رمضان لا يقوم

قوله ولا يصومون يوم الشك الا تطوعا وهذا لما روي صاحب السنن باسناده الى صلة قال كنا عند عمار في اليوم الذي يشك فيه فاتي بشاة فتنحى بعض القوم فقال عمار من صام هذا اليوم فقد عصى ابا القاسم صلى الله عليه وسلم ابتغيه الى ... وانما لم يكن كل فتنحى بعض القوم عن الاكل ... التطوع لما روي في السنن بسنده الى ابي هريرة رضه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا تقدموا صوم رمضان بيوم ولا بيومين الا ان يكون صوم يصومه رجل فليصم ذلك الصوم فعلم [illegible] بهذا الحديث ان المراد من كراهة الصوم يوم الشك في حديث عمار رضه صوم الصوم على انه من رمضان على ما مر آنفا

بكل صوم بخلاف يوم العيد لان المنهي وهو ترك الاجابة يلازم كل صوم و
الكراهة ههنا لصورة النهي والثالث ان ينوي التطوع وهو غير مكروه لما
روينا وهو حجة على الشافعي في قوله يكره على سبيل الابتداء والمراد بقوله عليه
السلام لا تتقدموا رمضان بصوم يوم ولا بصوم يومين الحديث التقدم
بصوم رمضان لانه يؤديه قبل اوانه ثم ان وافق صوما كان يصومه
فالصوم افضل بالاجماع وكذا اذا صام ثلثة من آخر الشهر فصاعدا وان افرده
فقد قيل الفطر افضل احترازا عن ظاهر النهي وقيل الصوم افضل اقتداء
بعايشة وعلي رضي الله عنهما فانهما كانا يصومانه والمختار ان يصوم المفتي
بنفسه اخذا بالاحتياط ويفتي العامة بالتلوم الى وقت الزوال ثم بالافطار
نفيا للتهمة والرابع ان يضجع في اصل النية بان ينوي ان يصوم
غدا ان كان من رمضان ولا يصوم ان كان من شعبان وفي هذا الوجه لا يصير
صائما لانه لم يقطع عزيمته فصار كما اذا نوى انه ان وجد غدا غداء يفطر وان
لم يجد يصوم والخامس ان يضجع في وصف النية بان ينوي انه ان كان
غدا من رمضان يصوم عنه وان كان من شعبان فعن واجب آخر وهذا مكروه
لتردده بين امرين مكروهين ثم انه ان ظهر من رمضان اجزاه لعدم
التردد في اصل النية وان ظهر انه من شعبان لا يجزيه عن واجب آخر لان
الجهة لم تثبت للتردد فيها واصل النية لا يكفيه لكنه يكون تطوعا غير
مضمون بالقضاء لشروعه فيه مسقطا وان نوى عن رمضان ان كان غدا
منه وعن التطوع ان كان من شعبان يكره لانه ناو للفرض من وجه ثم ان
ظهر انه من شعبان جاز عن نفله لانه يتأدى باصل النية ولو افسده يجب
ان لا يقضيه لدخول الاسقاط في عزيمته من وجه ومن رأى هلال رمضان
وحده صام وان لم يقبل الامام شهادته لقوله عليه السلام صوموا
لرؤيته وقد رأى ظاهرا وان افطر فعليه القضاء دون الكفارة وقال
الشافعي عليه الكفارة ان افطر بالوقاع لانه افطر في رمضان حقيقة لتيقنه
وحكما لوجوب الصوم عليه ولنا ان القاضي رد شهادته بدليل شرعي وهو
تهمة الغلط فاورث شبهة وهذه الكفارة تندرئ بالشبهات ولو افطر
قبل ان يرد الامام شهادته اختلف المشايخ رحمهم الله فيه ولو اكمل هذا الرجل
ثلاثين يوما لم يفطر الا مع الامام لان الوجوب عليه للاحتياط والاحتياط
بعد ذلك في تأخير الافطار ولو افطر لا كفارة عليه اعتبارا للحقيقة التي

وافطروا لرؤيته

عنده قال واذا كان بالسماء علة قبل الامام شهادة الواحد العدل في روية
الهلال رجلا كان او امراة حرا كان او عبدا لانه امر ديني فاشبه رواية الاخبا
ولهذا لا يختص بلفظة الشهادة ويشترط العدالة لان قول الفاسق في الديا
نات غير مقبول وتاويل قول الطحاوي عدلا او غير عدل ان يكون مستورا
والعلة غيم او غبار او نحوه وفي اطلاق جواب الكتاب يدخل المحدود في
القذف بعدما تاب وهو ظاهر الرواية لانه خبر ديني وعن ابي حنيفة
انها لا تقبل لانه شهادة من وجه وكان الشافعي في احد قوليه يشترط المثنى
والحجة عليه ما ذكرنا وقد صح ان النبي عليه السلام قبل شهادة الواحد
في روية هلال رمضان ثم اذا قبل الامام شهادة الواحد وصاموا ثلاثين
يوما لا يفطرون فيما روى الحسن عن ابي حنيفة للاحتياط ولان الفطر لم
يثبت بشهادة الواحد وعن محمد رحمه الله انهم يفطرون ويثبت الفطر
بناء على ثبوت الرمضانية بشهادة الواحد وان كان لا يثبت بها ابتداء
كاستحقاق الارث بناء على النسب الثابت بشهادة القابلة واذا لم يكن
بالسماء علة لم تقبل الشهادة حتى يراه جمع كثير يقع العلم بخبرهم لان
التفرد بالروية في مثل هذه الحالة يوهم الغلط فيجب التوقف فيه حتى يكون
جمعا كثيرا بخلاف ما اذا كان بالسماء علة لانه قد ينشق الغيم عن موضع القمر
فيتفق للبعض النظر ثم قيل في حد الكثير اهل المحلة وعن ابي يوسف خمسون
رجلا اعتبارا بالقسامة ولا فرق بين اهل مصر ومن ورد من خارج المصر
وذكر الطحاوي انه يقبل شهادة الواحد اذا جاء من خارج مصر لقلة الموانع
واليه الاشارة في كتاب الاستحسان وكذا اذا كان على مكان مرتفع في المصر
ومن راى هلال الفطر وحده لم يفطر احتياطا وفي الصوم الاحتياط في
الايجاب واذا كان بالسماء علة لم يقبل في هلال الفطر الا شهادة رجلين
او رجل وامراتين لانه تعلق به نفع العبد وهو الفطر فاشبه سائر حقوقه
والاضحى كالفطر في هذا في ظاهر الرواية وهو الاصح خلافا لما يروى عن ابي
حنيفة انه كهلال رمضان لانه تعلق به نفع العباد وهو التوسع بلحوم
الاضاحي وان لم يكن بالسماء علة لم يقبل الا شهادة جماعة يقع العلم بخبرهم
كما ذكرنا قال ووقت الصوم من حين طلوع الفجر الثاني الى غروب الشمس
لقوله تعالى وكلوا واشربوا حتى يتبين لكم الخيط الابيض من الخيط الاسود من
الفجر الى ان قال ثم اتموا الصيام الى الليل والخيطان بياض النهار وسواد الليل

والصوم هو الامساك عن الاكل والشرب والجماع والوقاع نهارا مع النية
لانه في حقيقة اللغة هو الامساك لورود الاستعمال الا انه زيد عليه
النية في الشرع ليتميز بها العبادة من العادة واختص بالنهار لما تلونا ولانه
لما تعذر الوصال كان تعيين النهار اولى ليكون على خلاف العادة وعليه
مبنى العبادة والطهارة عن الحيض والنفاس شرط لتحقق الاداء في حق النسا

باب ما يوجب القضاء والكفارة قال رحمه الله واذا اكل الصائم
او شرب او جامع ناسيا لم يفطر والقياس ان يفطر وهو قول مالك رحمه الله
لوجود ما ينافي الصوم فصار كالكلام ناسيا في الصلوة ووجه الاستحسان
قوله عليه السلام للذي اكل وشرب ناسيا تم على صومك فانما اطعمك الله
وسقاك واذا ثبت هذا في الاكل والشرب ثبت في الوقاع للاستواء
في الركنية بخلاف الصلوة لان هيئة الصلوة مذكرة فلا يغلب النسيان
ولا مذكر في الصوم فيغلب ولا فرق بين الفرض والنفل لان النص لم يفصل
ولو كان مخطئا او مكرها فعليه القضا خلافا للشافعي فانه يعتبره بالناسي
ولنا انه لا يغلب وجوده وعذر النسيان غالب ولان النسيان من قبل
من له الحق والاكراه من قبل غيره فيفترقان كالمقيد والمريض في حق قضا
الصلوة فان نام فاحتلم لم يفطر لقوله عليه السلام ثلث لا يفطرن الصيام
القيء والحجامة والاحتلام ولانه لم يوجد صورة الجماع ولا معناه
وهو الانزال عن شهوة بالمباشرة وكذا اذا نظر الى امراة فامنى لما بينا
وصار كالمتفكر اذا امنى وكالمستمني بالكف على ما قالوا ولو ادهن لم
يفطر لعدم المنافي وكذا اذا احتجم لهذا الما روينا ولو اكتحل لم يفطر لانه
ليس بين العين والدماغ منفذ والدمع يترشح كالعرق والداخل من
المسام لا ينافي كما اذا اغتسل بالماء البارد ولو قبل لا يفسد صومه
يريد به اذا لم ينزل لعدم المنافي صورة ومعنى بخلاف الرجعة و
المصاهرة لان الحكم اديرهناك على السبب على ما ياتي في موضعه ان شاء الله تعالى
وان انزل بقبلة او لمس فعليه القضا دون الكفارة لوجود معنى
الجماع ووجود المنافي صورة او معنى يكفي لايجاب القضا احتياطا اما
الكفارة يفتقر الى كمال الجناية لانها تندرئ بالشبهات كالحدود ولا
باس بالقبلة اذا امن على نفسه اي الجماع او الانزال ويكره اذا لم يامن
لان عينه ليس بمفطر وربما يصير فطرا بعاقبته فان امن يعتبر عينه وابيح له

وان لم يامن يعتبر عاقبته وكره له والشافعي رحمه الله اطلق فيه في الحالين والحجة
عليه ما ذكرناه والمباشرة مثل التقبيل في ظاهر الرواية وعن محمد رحمه الله كره
المباشرة الفاحشة لانه قلما يخلو عن الفتنة ولو دخل حلقه ذباب وهو
ذاكر لصومه لم يفطره وفي القياس يفسد صومه لوصول المفطر الى جوفه وان
كان لا يتغذى به كالتراب والحصاة وجه الاستحسان انه لا يستطاع
الامتناع عنه فاشبه الغبار والدخان واختلفوا في المطر والثلج والاصح
انه يفسد لامكان الامتناع عنه اذا اواه خيمة او سقف ولو اكل لحما
بين اسنانه لم يفطر وان كان كثيرا يفطر وقال زفر رحمه الله يفطر في الحا
لين لان الفم له حكم الظاهر حتى لا يفسد صومه المضمضة ولنا ان القليل
تابع لاسنانه بمنزلة ريقه بخلاف الكثير لانه لا يبقى فيما بين الاسنان والفا
صل مقدار الحمصة وما دونها قليل فان اخرجه واخذه بيده ثم اكله ينبغي
ان يفسد صومه كما روي عن محمد ان الصائم اذا ابتلع سمسمة بين اسنانه لا
يفسد صومه ولو اكلها ابتداء يفسد ولو مضغها لا يفسد لانه يتلاشى وفي
مقدار الحمصة عليه القضاء دون الكفارة عند ابي يوسف وعند زفر عليه
الكفارة ايضا لانه طعام متغير ولابي يوسف رحمه الله انه يعافه الطبع
فان ذرعه القيء لم يفطر لقوله عليه السلام من قاء فلا قضاء عليه ومن
استقاء فعليه القضاء ويستوي فيه ملء الفم وما دونه فلو عاد وكان ملء
الفم فسد عند ابي يوسف لانه خارج حتى انتقض به الطهارة وقد دخل
وعن محمد لا يفسد لانه لم يوجد صورة الفطر وهو الابتلاع وكذا معناه لانه
لا يتغذى به عادة وان اعاد فسد بالاجماع لوجود الادخال بعد الخروج
فيتحقق صورة الفطر وان كان اقل من ملء الفم فعاد لم يفسد صومه لانه غير
خارج ولا صنع له في الادخال وان عاد فكذلك عند ابي يوسف لعدم الخروج
وعند محمد يفسد لوجود الصنع منه في الادخال فان استقاء ملء الفم فعليه
القضاء لما روينا والقياس متروك به ولا كفارة عليه لعدم الصورة وان كان
اقل من ملء الفم فكذلك عند محمد لاطلاق الحديث وعند ابي يوسف رحمه الله
لا يفسد لعدم الخروج حكما ثم ان عاد لم يفسد عنده لعدم سبق الخروج وان
عاد فعنه انه لا يفسد لما ذكرنا وعنه انه يفسد فالحقه بملء الفم لكثرة الصنع
قال وان ابتلع الحصاة او الحديد افطر لوجود صورة الفطر ولا كفارة عليه
لعدم المعنى ومن جامع في احدى السبيلين فعليه القضاء استدراكا للمصلحة

الغاية

الغاية والكفارة لتكامل الجناية ولا يشترط الانزال في المحلين اعتبارا
بالاغتسال وهذا لان قضاء الشهوة يتحقق دونه انما ذلك شبع وعن ابي حنيفة
رحمه الله انه لا يجب الكفارة بالجماع في الموضع المكروه اعتبارا بالحد عنده
والاصح انه يجب لان الجناية متكاملة لقضاء الشهوة ولو جامع ميتة او
بهيمة فلا كفارة انزل او لم ينزل خلافا للشافعي لان الجناية تكاملها بقضاء
الشهوة في محل مشتهى ولم يوجد ثم عندنا كما يجب الكفارة بالوقاع على الرجل
يجب على المراة وقال الشافعي في قول لا يجب عليها لانها متعلقة بالجماع
وهو فعله وانما هي محل الفعل وفي قول يجب ويتحمل عنها الرجل اعتبارا
بالاغتسال ولنا قوله عليه السلام من افطر في رمضان فعليه ما على المظاهر
وكلمة من تنتظم الاناث والذكور ولان السبب جناية الافساد لا نفس الوقاع وقد
شاركته فيها ولا يتحمل لانها عبادة او عقوبة ولا يجري فيهما التحمل ولو اكل او
شرب ما يتغذى به فعليه القضاء والكفارة وقال الشافعي رحمه الله لا كفارة
عليه لانها شرعت في الوقاع بخلاف القياس لارتفاع الذنب بالتوبة فلا
يقاس عليه ولنا ان الكفارة تعلقت بجناية الافطار في رمضان على وجه الكمال
وقد تحققت وبايجاب الاعتاق تكفيرا عرفنا ان التوبة غير مكفرة لهذه الجناية
ثم قال والكفارة مثل كفارة الظهار لما روينا ولحديث الاعرابي فانه قال
يا رسول الله هلكت واهلكت فقال ماذا صنعت فقال واقعت امراتي
في نهار رمضان متعمدا فقال عليه السلام اعتق رقبة فقال لا املك الا
رقبتي هذه فقال صم شهرين متتابعين فقال وهل جاءني ما جاءني الا من قبل
الصوم فقال اطعم ستين مسكينا فقال لا اجد فامر رسول الله عليه السلام ان
يؤتى بفرق من تمر ويروى بعرق فيه خمسة عشر صاعا وقال فرقها على المساكين
فقال والله ليس بين لابتي المدينة احد احوج مني ومن عيالي فقال كل انت وعيالك
يجزيك ولا يجزي احدا بعدك وهو حجة على الشافعي في قوله يخير لان مقتضاه
الترتيب وعلى مالك في نفي التتابع للنص عليه ومن جامع فيما دون الفرج وانزل
فعليه القضاء لوجود الجماع معنى ولا كفارة عليه لانعدامه صورة وليس في
افساد الصوم في غير رمضان كفارة لان الافطار في رمضان ابلغ في الجناية
فلا يلحق به غيره ومن احتقن او استعط او اقطر في اذنه افطر لقوله عليه السلام
الفطر مما دخل ولوجود معنى الفطر وهو وصول ما فيه صلاح البدن الى الجوف
ولا كفارة لانعدام الصورة ولو اقطر في اذنه الماء او دخله لا يفسد صومه لانعدام

المعنى والصورة بخلاف ما اذا دخله الدهن واذا داوى جائفة او آمة بدواء فوصل
الى جوفه او دماغه افطر عند ابي حنيفة والذي يصل هو الرطب وقالا لا يفطر لعدم
التيقن بالوصول لانضمام المنفذ مرة واتساعه اخرى كما في اليابس من الدواء
وله ان رطوبة الدواء تلاقي رطوبة الجراحة فيزداد ميلا الى الاسفل فيصل
الى الجوف بخلاف اليابس لانه ينشف رطوبة الجراحة فينسد فمها ولو اقطر
في احليله لم يفطر عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف يفطر وقول محمد مضطرب
فيه وكانه وقع عند ابي يوسف رحمه الله ان بينه وبين الجوف منفذا ولهذا
يخرج البول ووقع عند ابي حنيفة ان المثانة بينهما حائل والبول يترشح منه
وهذا ليس من باب الفقه ومن ذاق شيئا بفيه لم يفطر لعدم الفطر صورة
ومعنى ويكره له ذلك لما فيه من تعريض الصوم على الفساد ويكره للمرأة ان
تمضغ لصبيها الطعام ان كان لها منه بد لما بينا ولا بأس اذا لم تجد منه بدا
صيانة للولد الا ترى ان لها ان تفطر اذا خافت على الولد ومضغ العلك لا
يفطر الصائم لانه لا يصل الى جوفه وقيل اذا لم يكن ملتئما يفسد لانه يصل
بعض اجزائه وقيل اذا كان اسود يفسد وان كان ملتئما لانه يتفتت الا انه
يكره للصائم لما فيه من التعريض على الفساد ولانه يتهم بالافطار ولا يكره للمرأة
اذا لم تكن صائمة لقيامه مقام السواك في حقهن ويكره للرجال على ما قيل
اذا لم يكن من علة وقيل لا يستحب لما فيه من التشبه بالنساء ولا بأس بالكحل
ودهن الشارب لانه نوع ارتفاق وهو ليس من محظورات الصوم وقد ندب
عليه السلام الى الاكتحال يوم عاشوراء والى الصوم فيه ولا بأس بالاكتحال
للرجال اذا قصد به التداوي دون الزينة ويستحسن دهن الشارب اذا لم
يكن من قصده الزينة لانه يعمل عمل الخضاب ولا يفعل لتطويل اللحية اذا كانت
بقدر المسنون وهو القبضة ولا بأس بالسواك الرطب بالغداة والعشي
لقوله عليه السلام خير خلال الصائم السواك من غير فصل وقال الشافعي
رحمه الله يكره بالعشي لان فيه ازالة الاثر المحمود وهو الخلوف فشابه
دم الشهيد قلنا هو اثر العبادة واللائق به الاخفاء بخلاف دم الشهيد
لانه اثر الظلم ولا فرق بين الرطب الاخضر وبين المبلول بالماء لما روينا والله اعلم

فصل

ومن كان مريضا في رمضان فخاف ان صام ازداد مرضه
افطر وقضى وقال الشافعي رحمه الله لا يفطر هو يعتبر خوف الهلاك او فوات
العضو كما يعتبر في التيمم ونحن نقول ان زيادة المرض وامتداده قد يفضي الى

الهلاك او فوات العضو فيجب الاحتراز عنه وان كان مسافرا لا يستضر بالصوم
فصومه افضل وان افطر جاز لان السفر لا يعرى عن المشقة فجعل نفسه عذرا
بخلاف المرض لانه قد يخف بالصوم فشرط كونه مفضيا الى الحرج وقال الشافعي
الفطر افضل لقوله عليه السلام ليس من البر الصيام في السفر ولنا ان رمضان
افضل الوقتين فكان الاداء فيه اولى وما رواه محمول على حالة الجهد واذا مات
المريض والمسافر وهما على حالهما لم يلزمهما القضاء لانهما لم يدركا عدة من
ايام اخر ولو صح المريض واقام المسافر ثم ماتا لزمهما القضاء بقدر الصحة والاقامة
لوجود الادراك بهذا المقدار وفائدته وجوب الوصية بالاطعام وذكر
الطحاوي فيه خلافا بين ابي حنيفة وابي يوسف رحمهم الله وبين محمد وليس
بصحيح انما الخلاف في النذر والفرق لهما ان النذر سبب فيظهر الوجوب
في حق الخلف وفي هذه المسألة السبب ادراك العدة فيتقدر بقدر ما ادرك
وقضاء رمضان ان شاء فرقه وان شاء تابعه لاطلاق النص ولكن المستحب
المتابعة مسارعة الى اسقاط الواجب وان اخره حتى دخل رمضان آخر
صام الثاني لانه في وقته وقضى الاول بعده لانه وقت القضاء ولا فدية عليه
لان وجوب القضاء على التراخي حتى كان له ان يتطوع والحامل والمرضع اذا
خافتا على انفسهما او ولدهما افطرتا وقضتا دفعا للحرج ولا كفارة عليهما
لانه افطار بعذر ولا فدية عليهما خلافا للشافعي فيما اذا خافت على الولد هو يعتبره
بالشيخ الفاني ولنا ان الفدية بخلاف القياس في الشيخ الفاني والفطر بسبب
الولد ليس في معناه لانه عاجز بعد الوجوب والولد لا وجوب عليه اصلا والشيخ
الفاني الذي لا يقدر على الصيام يفطر ويطعم لكل يوم مسكينا كما يطعم في الكفارات
والاصل فيه قوله تعالى وعلى الذين يطيقونه فدية قيل معناه لا يطيقونه
ولو قدر على الصوم بطل حكم الفداء لان شرط الخلفية استمرار العجز ومن مات
وعليه قضاء رمضان فاوصى به اطعم عنه وليه لكل يوم مسكينا نصف صاع
من بر او صاعا من تمر او شعير لانه عجز عن الاداء في آخر عمره فصار كالشيخ الفاني ثم
لا بد من الايصاء عندنا خلافا للشافعي وعلى هذا الزكوة هو يعتبره بديون العباد
اذ كل ذلك حق مالي يجري فيه النيابة قلنا انه عبادة ولا بد فيه من الاختيار
وذلك في الايصاء دون الوراثة لانها جبرية ثم هو تبرع ابتداء حتى يعتبر من الثلث
والصلوة كالصوم باستحسان المشايخ وكل صلوة تعتبر بصوم يوم هو الصحيح
ولا يصوم عنه الولي ولا يصلي لقوله عليه السلام لا يصوم احد عن احد ولا يصلي

بالنفخ المتقدم وبالضم الظاهر

احد عن احد ومن دخل في صوم التطوع او في صلوة التطوع ثم افسده قضاه
خلافا للشافعي رحمه الله له ان تبرع بالمؤدي فلا يلزمه ما لم يتبرع ولنا ان
المؤدي قربة وعمل فيجب صيانته بالمضي عن الابطال واذا وجب المضي وجب القضا
بتركه ثم عندنا لا يباح الافطار بغير عذر في احدى الروايتين لما بينا ويباح
بعذر والضيافة عذر لقوله عليه السلام افطر واقض يوما آخر مكانه
واذا بلغ الصبي او اسلم الكافر في رمضان امسكا بقية يومهما قضا لحق
الوقت بالتشبه ولو افطرا فيه لا قضا عليهما لان الصوم غير واجب فيه وصاما
ما بعده لتحقق السبب والاهلية ولم يقضيا يومهما ولا ما مضى لعدم
الخطاب وهذا بخلاف الصلوة لان السبب فيها الجزء المتصل بالاداء في
حدثت الاهلية عنده وفي الصوم الجزء الاول والاهلية معدومة عنده
وعن ابي يوسف رحمه الله انه اذا زال الكفر والصبا قبل الزوال فعليه
القضا لانه ادرك وقت النية وجه الظاهر ان الصوم لا يتجزى وجوبا و
اهلية الوجوب منعدمة في اوله الا ان للصبي ان ينوي التطوع فيه
الصورة دون الكافر على ما قالوا لان الكافر ليس باهل للتطوع ايضا والصبي
اهله واذا نوى المسافر الافطار ثم قدم المصر قبل الزوال فنوى الصوم
اجزاه لان السفر لا ينافي اهلية الوجوب ولا صحة الشروع وان كان في رمضان
فعليه ان يصوم لزوال المرخص في وقت النية الا ترى انه لو كان مقيما
في اول اليوم ثم سافر لا يباح له الفطر ترجيحا لجانب الاقامة فهذا اولى الا
انه اذا افطر في المسئلتين لا يلزمه الكفارة لقيام شبهة المبيح ومن اغمي عليه
في رمضان لم يقض اليوم الذي حدث فيه الاغما لوجود الصوم فيه وهو
الامساك المقرون بالنية اذ الظاهر وجودها منه وقضى ما بعده لانعدام
النية وان اغمي عليه اول ليلة منه قضاه كله غير يوم تلك الليلة لما قلنا
وقال مالك لا يقضي ما بعده لان صوم رمضان عنده يتادى بنية واحدة بمنزلة
الاعتكاف وعندنا لا بد من النية لكل يوم لانها عبادات متفرقة لانه يتخلل بين
كل يومين ما ليس بزمان لهذه العبادة بخلاف الاعتكاف ومن اغمي عليه رمضان
كله قضاه لانه نوع مرض يضعف القوى ولا يزيل الحجى فيصير عذرا في التاخير
لا في الاسقاط ومن جن في رمضان كله لم يقضه خلافا لمالك هو يعتبره
بالاغما ولنا ان المسقط هو الحرج والاغما لا يستوعب الشهر عادة فلا حرج و
الجنون يستوعبه فيتحقق الحرج وان افاق المجنون في بعضه قضى ما مضى خلافا

لزفر

لزفر والشافعي هما يقولان لم يجب عليه الاداء لانعدام الاهلية والقضاء
مرتب عليه فصار كالمستوعب ولنا ان السبب قد وجد وهو الشهر والاهلية
بالذمة وفي الوجوب فائدة وهو صيرورته مطلوبا على وجه لا يحرج في ادائه
بخلاف المستوعب لانه يحرج في الاداء فلا فائدة وتمامه في الخلافيات
ثم لا فرق بين الاصلي والعارضي قيل هذا ظاهر الرواية وعن محمد انه فرق
بينهما اذا بلغ مجنونا التحق بالصبي فانعدم الخطاب بخلاف ما اذا بلغ
عاقلا ثم جن وهذا مختار بعض المتاخرين ومن لم ينو في رمضان كله صوما
ولا فطرا فعليه قضاؤه وقال زفر رحمه الله صوم رمضان يتادى بدون
النية في حق الصحيح المقيم لان الامساك مستحق عليه فعلى اي وجه
يؤديه يقع عنه كما اذا وهب كل النصاب من الفقير ولنا ان المستحق الا
مساك بجهة العبادة ولا عبادة الا بالنية وفي هبة النصاب وجد
نية القربة على ما مر في الزكوة ومن اصبح غير ناو للصوم فاكل لا كفارة
عليه عند ابي حنيفة وقال زفر عليه الكفارة لانه يتادى بغير النية عنده
وقال ابو يوسف ومحمد اذا اكل قبل الزوال يجب الكفارة لانه فوت
امكان التحصيل فصار كغاصب الغاصب ولابي حنيفة ان الكفارة تعلقت
بالافساد وهذا امتناع اذ لا صوم الا بالنية واذا حاضت المراة او نفست
افطرت وقضت بخلاف الصلوة لانها تحرج في قضائها وقد مر في الصلوة
واذا قدم المسافر او طهرت الحائض في بعض النهار امسكا بقية يومهما و
قال الشافعي لا يجب الامساك وعلى هذا الخلاف كل من صار اهلا للزوم
ولم يكن كذلك في اول اليوم هو يقول التشبه خلف فلا يجب الا على
من يتحقق الاصل في حقه كالمفطر متعمدا او مخطئا ولنا انه وجب قضاء
لحق الوقت اصلا لا خلفا لانه وقت معظم بخلاف الحائض والنفساء
والمسافر والمريض حيث لا يجب عليهم حال قيام هذه الاعذار لتحقق المانع عن
التشبه حسب تحققه عن الصوم قال واذا تسحر وهو يظن ان الفجر لم
يطلع فاذا هو قد طلع او افطر وهو يرى ان الشمس قد غربت فاذا هي لم
تغرب امسك بقية يومه قضاء لحق الوقت بالقدر الممكن او نفيا للتهمة
وعليه القضا لانه حق مضمون عليه بالمثل كما في المريض والمسافر ولا كفارة
عليه لان الجناية قاصرة لعدم القصد وفيه قال عمر رضي الله عنه ما تجانفنا
لاثم قضاء يوم علينا يسير والمراد بالفجر الفجر الثاني وقد بيناه في الصلوة

ثم التسحر مستحب لقوله عليه السلام تسحروا فان في التسحر بركة والمستحب تأخيره
لقوله عليه السلام ثلث من اخلاق المرسلين تعجيل الافطار وتأخير السحور والسواك
الا انه اذا شك في الفجر ومعناه تساوى الظنين الافضل ان يدع تحرزا عن المحرم
ولا يجب عليه ذلك ولو اكل فصومه تام لان الاصل هو الليل وعن ابي حنيفة
اذا كان في موضع لا يستبين الفجر او كانت الليلة مقمرة او متغيمة او كان ببصره
علة وهو يشك لا يأكل ولو اكل فقد اساء لقوله عليه السلام دع ما يريبك
الى ما لا يريبك وان كان اكبر رايه انه اكل والفجر طالع فعليه قضاؤه عملا
بغالب الراي وفيه الاحتياط وعلى ظاهر الرواية لا قضاء عليه لان اليقين
لا يزال الا بمثله ولو ظهر ان الفجر طالع لا كفارة عليه لانه بنى الامر على الاصل
فلا يتحقق العمدية فلو شك في غروب الشمس لا يحل له الفطر لان الاصل هو
النهار ولو اكل فعليه القضاء عملا بالاصل فان كان اكبر رايه انه اكل قبل
الغروب فعليه القضاء رواية واحدة لان النهار هو الاصل ولو كان شاكا
فيه وتبين انها لم تغرب ينبغي ان تجب الكفارة نظرا الى ما هو الاصل و
هو النهار ومن اكل في رمضان ناسيا فظن ان ذلك يفطره واكل بعد ذلك
متعمدا عليه القضاء دون الكفارة لان الاشتباه استند الى القياس فيتحقق
الشبهة وان بلغه الحديث وعلمه فكذلك في رواية عن ابي حنيفة رضي الله
عنه وعنه انها تجب وكذا عنهما لانه لا اشتباه فلا شبهة ووجه الاول
قيام الشبهة الحكمية بالنظر الى القياس ولا ينتفي بالعلم كوطي الابن جارية
ابنه ولو احتجم وظن ان ذلك يفطره ثم اكل متعمدا عليه القضاء والكفارة
لان الظن ما استند الى دليل شرعي الا اذا افتاه فقيه بالفساد لان
الفتوى دليل شرعي في حقه ولو بلغه الحديث واعتمده فكذا عند محمد
لان قول الرسول لا ينزل عن قول المفتي وعن ابي يوسف رحمه الله خلاف
ذلك لان على العامي الاقتداء بالفقهاء لعدم الاهتداء في حقه الى معرفة
الاحاديث وان عرف تاويله تجب الكفارة لانتفاء الشبهة وقول الاوزاعي
لا يورث الشبهة لمخالفته القياس ولو اكل بعدما اغتاب متعمدا عليه
القضاء والكفارة كيفما كان لان الفطر يخالف القياس والحديث
بالاجماع واذا جومعت النائمة او المجنونة وهي صائمة عليها القضاء دون
الكفارة وقال زفر والشافعي لا قضاء اعتبارا بالناسي والعذر هنا ابلغ
لعدم القصد ولنا ان النسيان يغلب وجوده وهذا نادر ولا يجب

الكفارة

الكفارة لانعدام الجناية **فصل فيما يوجبه على نفسه** واذا قال لله علي
صوم يوم النحر افطر وقضى فهذا النذر صحيح عندنا خلافا للشافعي وزفر
رحمهما الله هما يقولان نذر بما هو معصية لورود النهي عن صوم هذه الايام
ولنا انه نذر بصوم مشروع والنهي لغيره وهو ترك اجابة دعوة الله فيصح
نذره لكنه يفطر احترازا عن المعصية المجاورة ثم يقضي اسقاطا للواجب
وان صام فيه يخرج عن العهدة لانه اداه كما التزمه وان نوى يمينا فعليه
كفارة يمين يعني اذا افطر وهذه المسألة على وجوه ستة ان لم ينو شيئا او
نوى النذر لا غير وان نوى اليمين ونوى ان لا يكون نذرا يكون يمينا
لان اليمين محتمل كلامه وقد عينه ونفى غيره وان نواهما يكون نذرا ويمينا
عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف يكون نذرا ولو نوى اليمين فكذلك
عندهما وعنده يكون يمينا لابي يوسف رحمه الله ان النذر فيه حقيقة
واليمين مجاز حتى لا يتوقف الاول على النية ويتوقف الثاني فلا ينتظمهما
ثم المجاز يتعين بنيته وعند نيتهما يترجح الحقيقة ولهما انه لا تنافي
بين الجهتين لانهما يقتضيان الوجوب الا ان النذر يقتضيه لعينه و
اليمين لغيره فجمعنا بينهما عملا بالدليلين كما جمعنا بين جهتي التبرع والمعا
وضة في الهبة بشرط العوض ولو قال لله علي صوم هذه السنة افطر
يوم الفطر ويوم النحر وايام التشريق وقضاها لان النذر بالسنة
المعينة نذر بهذه الايام وكذا اذا لم يعين لكن شرط التتابع لان المتابعة
لا يعرى عنها لكن يقضيها في هذه الفصل موصولة تحقيقا للتتابع بقدر
الامكان ويأتي في هذا خلاف زفر والشافعي للنهي عن الصوم فيها وهو
قوله عليه السلام الا لا تصوموا في هذه الايام فانها ايام اكل وشرب و
وقد بينا الوجه فيه والعذر عنه ولو لم يشترط التتابع لم يجزه صوم هذه
الايام لان الاصل فيما يلتزمه الكمال والمؤدى ناقص لمكان النهي بخلاف
ما اذا عينها لانه التزمه بوصف النقصان فيكون الاداء بالوصف الملتزم
قال وعليه كفارة يمين ان اراد يمينا وقد سبقت وجوهه ومن اصبح يوم
النحر صائما ثم افطر لا شيء عليه وعن ابي يوسف ومحمد في النوادر ان عليه القضاء
لان الشروع ملزم كالنذر وصار كالشروع في الصلوة في الوقت المكروه و
الفرق لابي حنيفة وهو ظاهر الرواية ان بنفس الشروع في الصوم يسمى صائما
حتى يحنث به الحالف على الصوم فيصير مرتكبا للنهي فيجب ابطاله فلا يجب صيانته

وجوب القضا يبتني عليه ولا يصير به جانيا بنفس النذر وهو الموجب
ولا بنفس الشروع في الصلوة حتى يتم ركعة ولهذا لا يحنث به الحالف على الصلوة
فيجب صيانة المؤدى ويكون مضمونا بالقضاء وعن ابي حنيفة انه لا يجب القضاء في
فصل الصلوة ايضا والاظهر هو الاول والله اعلم باب

الاعتكاف قال رحمه الله الاعتكاف مستحب والصحيح انه سنة مؤكدة
لان النبي عليه السلام واظب عليه في العشر الاواخر من رمضان والمواظبة
دليل السنة وهو اللبث في المسجد مع الصوم ونية الاعتكاف اما اللبث
فركنه لانه ينبئ عنه وكان وجوده به والصوم من شرطه عندنا خلافا للشافعي
والنية شرط كما في سائر العبادات هو يقول ان الصوم عبادة هو اصل
بنفسه فلا يكون شرطا لغيره ولنا قوله عليه السلام لا اعتكاف الا بالصوم
والقياس في مقابلة النص المنقول غير مقبول ثم الصوم شرط لصحة الواجب
منه رواية واحدة ولصحة التطوع فيما روى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله
لظاهر ما روينا وعلى هذه الرواية لا يكون اقل من يوم وفي رواية الاصل
وهو قول محمد اقله ساعة فيكون من غير صوم لان مبنى النفل على المسامحة
الا ترى انه يقعد في صلوة النفل مع القدرة على القيام ولو شرع فيه
ثم قطعه لا يلزمه القضا في رواية الاصل لانه غير مقدر فلم يكن القطع
ابطالا وفي رواية الحسن يلزمه لانه مقدر باليوم كالصوم ثم الاعتكاف
لا يصح الا في مسجد جماعة لقول حذيفة رضي الله عنه لا اعتكاف الا في
مسجد جماعة وعن ابي حنيفة انه لا يصح الا في مسجد جماعة يصلى فيه الصلوات
الخمس لانه عبادة انتظار الصلوة فيختص بمكان يؤدى فيه اما المرأة فتعتكف
في مسجد بيتها لانه هو الموضع لصلاتها فيتحقق انتظارها فيه ولا يخرج
من المسجد الا لحاجة الانسان او الجمعة اما الحاجة فلحديث عائشة رضي الله
عنها كان النبي عليه السلام لا يخرج من معتكفه الا لحاجة الانسان ولانه
معلوم وقوعها ولا بد من الخروج في تقضيتها فيصير الخروج لها مستثنى
ولا يمكث بعد فراغه من الطهور لان ما ثبت بالضرورة يتقدر بقدرها
واما الجمعة فلانها من اهم حوائجه وهي معلوم وقوعها وقال الشافعي رحمه الله
الخروج اليها مفسد لانه يمكنه الاعتكاف في الجامع ونحن نقول الاعتكاف
في كل مسجد مشروع واذا صح الشروع فالضرورة مطلقة في الخروج ويخرج حين
تزول الشمس لان الخطاب يتوجه بعده وان كان منزله بعيدا عنه يخرج في

وقت

وقت يمكنه ادراكها ويصلي قبلها اربعا وفي رواية ستا الاربع سنة وركعتان
تحية المسجد وبعدها اربعا او ستا على حسب الاختلاف في سنة الجمعة
وسنتها توابع لها فالحقت بها ولو اقام في مسجد الجامع اكثر من ذلك لا
يفسد اعتكافه لانه موضع اعتكاف الا انه لا يستحب لانه التزم اداءه
في مسجد واحد فلا يتمه في مسجدين من غير ضرورة ولو خرج من المسجد ساعة
بغير عذر فسد اعتكافه عند ابي حنيفة لوجود المنافي وهو القياس وقالا
لا يفسد حتى يكون اكثر من نصف يوم وهو الاستحسان لان في القليل
ضرورة قال واما الاكل والشرب يكون في معتكفه لان النبي عليه السلام
لم يكن له مأوى الا المسجد ولانه يمكن قضاء هذه الحاجة في المسجد فلا
ضرورة الى الخروج ولا باس ان يبيع ويبتاع في المسجد من غير ان يحضر السلعة
لانه قد يحتاج الى ذلك بان لا يجد من يقوم بحاجته الا انهم قالوا يكره احضار
السلعة للبيع والشرا لان المسجد محرز عن حقوق العباد وفيه شغله بها ويكره
لغير المعتكف البيع والشرا فيه لقوله عليه السلام جنبوا مساجدكم صبيانكم
الى ان قال وبيعكم وشراءكم قال ولا يتكلم الا بخير ويكره له الصمت لان
صوم الصمت ليس بقربة في شريعتنا لكنه يتحاشى ما يكون مأثما ويحرم
على المعتكف الوطي لقوله تعالى ولا تباشروهن وانتم عاكفون في المساجد
وكذلك اللمس والقبلة لانه من دواعيه فيحرم عليه اذ هو محظوره كما في
الاحرام بخلاف الصوم لان الكف ركنه لا محظوره فلم يتعد الى دواعيه
فان جامع ليلا او نهارا عامدا او ناسيا بطل اعتكافه لان الليل محل الاعتكاف
بخلاف الصوم وحالة العاكفين مذكرة فلا يعذر بالنسيان ولو جامع
فيما دون الفرج فانزل او قبل او لمس بطل اعتكافه لانه في معنى الجماع حتى
يفسد به الصوم ولو لم ينزل لا يفسد وان كان محرما لانه ليس في معنى
الجماع وهو المفسد ولهذا لا يفسد به الصوم قال ومن اوجب على نفسه
اعتكاف ايام لزمه اعتكافها بلياليها لان ذكر الايام على سبيل الجمع يتناول
ما بازائها من الليالي يقال ما رأيتك منذ ايام والمراد بلياليها وكانت متتابعة
وان لم يشترط التتابع لان مبنى الاعتكاف على التتابع لان الاوقات
كلها قابلة له بخلاف الصوم لان مبناه على التفرق لان الليالي غير قابلة
للصوم فيجب عليه التفريق حتى ينص على التتابع وان نوى الايام خاصة صحت
نيته لانه نوى الحقيقة ومن اوجب اعتكاف يومين يلزمه بليلتيهما وقال

ابو يوسف رحمه الله لا يدخل الليلة الاولى لان المثنى غير الجمع وفي المبسوط
ضرورة الاتصال وجه الظاهر ان في المثنى معنى الجمع فيلحق به احتياطا لامر
العباده **كتاب الحج** الحج واجب على الاحرار البالغين العقلاء
الاصحاء اذا قدروا على الزاد والراحلة فاضلا عن المسكن وما لا بد منه و
عن نفقة عياله الى حين عوده وكان الطريق امنا وصفه بالوجوب
وهو فريضة محكمة ثبتت فرضيته بالكتاب وهو قوله تعالى ولله على
الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا الايه ولا يجب في العمر الا مرة
واحدة لان النبي عليه السلام قيل له الحج في كل عام ام مرة واحدة فقال
لا بل مرة واحدة فما زاد فهو تطوع ولان سببه البيت وانه لا يتعدد
فلا يتكرر الوجوب ثم هو واجب على الفور عند ابي يوسف وعن ابي
حنيفة رحمه الله ما يدل عليه وعند محمد والشافعي على التراخي لانه
وظيفة العمر فكان العمر فيه كالوقت في الصلوة وجه الاول انه يختص
بوقت خاص والموت في سنة واحدة غير نادر فيتضيق احتياطا ولهذا
كان التعجيل افضل بخلاف وقت الصلوة لان الموت في مثله نادر
وانما شرط الحرية والبلوغ لقوله عليه السلام ايما عبد حج عشر حجج
ثم اعتق فعليه حجة الاسلام وايما صبي حج عشر حجج ثم بلغ فعليه حجة
الاسلام ولانه عبادة والعبادات باسرها موضوعة عن الصبيان
والعقل شرط لصحة التكليف وكذا صحة الجوارح لان العجز دونها
لازم والاعمى اذا وجد من يكفيه مونة سفره ووجد زادا وراحلة
لا يجب عليه الحج عند ابي حنيفه خلافا لهما وقد مر في كتاب الصلوة
واما المقعد فعن ابي حنيفه انه يجب لانه مستطيع بغيره فاشبه
المستطيع بالراحلة وعن محمد انه لا يجب لانه غير قادر على الاداء بنفسه
بخلاف الاعمى لانه لو هدي يؤدي بنفسه فاشبه الضال عنه ولا
بد من القدرة على الزاد والراحلة وهو قدر ما يكتري به شق محمل
او راس زاملة وقدر النفقة ذاهبا وجائيا لان النبي عليه السلام
سئل عن السبيل اليه فقال الزاد والراحلة وان امكنه ان يكتري
عقبة فلا شيء عليه لانهما اذا كانا يتعاقبان في الركوب لم يوجد الراحلة
في جميع السفر ويشترط ان يكون فاضلا عن المسكن وعما لا بد منه كالخادم
واثاث البيت وثيابه لان هذه الاشيا مشغولة بالحاجة الاصلية

ويشترط ان يكون فاضلا عن نفقة عياله الى حين عوده لان النفقة حق مستحق
للمراة وحق العبد مقدم على حق الشرع بامره وليس من شرط الوجوب على اهل
مكة ومن حولهم الراحله لانهم لا يلحقهم مشقة زايدة في الاداء فاشبه السعي
الى الجمعة ولا بد من امن الطريق لان الاستطاعة لا تثبت دونه ثم قيل هو شرط
حتى لا يجب عليه الايصاء وهو مروي عن ابي حنيفه رضي الله عنه وقيل هو شرط
الوجوب الاداء دون الوجوب لان النبي عليه السلام فسر الاستطاعة بالزاد
والراحلة لا غير قال ويعتبر في المراة ان يكون لها محرم تحج به او زوج ولا
يجوز لها ان تحج بغيرهما اذا كان بينها وبين مكة ثلاثة ايام وقال الشافعي
يجوز لها الحج اذا خرجت في رفقة ومعها نسا ثقات لحصول الامن بالمرافقة
ولنا قوله عليه السلام لا تحجن امراة الا ومعها محرم ولانها بدون المحرم
يخاف عليها الفتنة وتزداد بانضمام غيرها اليها ولهذا تحرم الخلوة بالاجنبية
وان كان معها غيرها بخلاف ما اذا كان بينها وبين مكة اقل من ثلاثة ايام
لانه يباح لها الخروج الى ما دون السفر بغير محرم واذا وجدت محرما لم
يكن للزوج منعها وقال الشافعي رحمه الله له ان يمنعها لان في الخروج
تفويت حقه ولنا ان حق الزوج لا يظهر في حق الفرايض والحج منها حتى
لو كان الحج نفلا له ان يمنعها ولو كان المحرم فاسقا قالوا لا يجب عليها
لان المقصود لا يحصل به ولها ان تخرج مع كل محرم الا ان يكون مجوسيا
لانه يعتقد اباحة مناكحتها ولا عبرة بالصبي والمجنون لانه لا يتاتى منهما
الصيانة والصبية التي بلغت حد الشهوة بمنزلة البالغة حتى لا تسافر بها
من غير محرم ونفقة المحرم عليها لانها تتوسل به الى اداء الحج واختلفوا ان
المحرم شرط الوجوب او شرط الاداء على حسب اختلافهم في امن الطريق
واذا بلغ الصبي بعدما احرم او عتق العبد فمضيا لم يجزهما عن حجة الاسلام
لان احرامهما انعقد لاداء النفل فلا ينقلب لاداء الفرض ولو جدد الصبي
الاحرام قبل الوقوف ونوى حجة الاسلام جاز والعبد لو فعل ذلك
لم يجز لان احرام الصبي غير لازم لعدم الاهلية اما احرام العبد لازم فلا
يمكنه الخروج منه بالشروع في غيره **فصل** قال رحمه الله والمواقيت
التي لا يجاوزها الانسان الا محرما خمسة لاهل المدينه ذو الحليفه ولاهل
العراق ذات عرق ولاهل الشام الجحفة ولاهل النجد قرن ولاهل اليمن يلملم
هكذا وقت رسول الله صلى الله عليه وسلم هذه المواقيت لهؤلاء وفايدة

الناقيت المنع عن تاخير الاحرام عنها لانه يجوز التقديم عليها بالاتفاق ثم الافاقي اذا انتهى اليها على قصد دخول مكة عليه ان يحرم قصد الحج او العمرة او لم يقصد عندنا لقوله عليه السلام لا يجاوز احد الميقات الا محرما و لان وجوب الاحرام لتعظيم هذه البقعة الشريفة فيستوي فيه التاجر و المعتمر وغيرهما ومن كان داخل الميقات له ان يدخل مكة بغير احرام لحاجته لانه يكثر دخوله مكة وفي ايجاب الاحرام في كل مرة حرج بين فصار كاهل مكة حيث يباح لهم الخروج منها ثم دخولها بغير احرام بخلاف ما اذا قصد اداء النسك لانه يتحقق احيانا فلا حرج فان الاحرام على هذه المواقيت جاز لقوله تعالى واتموا الحج والعمرة لله واتمامهما ان يحرم بهما من دويرة اهلك كذا قاله علي وابن مسعود رضي الله عنهما والافضل التقديم عليها لان اتمام الحج مفسر به والمشقة فيه اكثر والتعظيم اوفر وعن ابي حنيفة انما يكون افضل اذا كان يملك نفسه ان لا يقع في محظور ومن كان داخل الميقات فوقته الحل معناه الحل الذي بين المواقيت وبين الحرم لانه يجوز احرامه من دويرة اهله وما وراء الميقات الى الحرم مكان واحد ومن كان بمكة فوقته في الحج الحرم وفي العمرة الحل لانه عليه السلام امر اصحابه رضي الله عنهم بان يحرموا بالحج من جوف مكة وامر اخا عائشة رضي الله عنهما ان يعمرها من التنعيم وهو في الحل ولان اداء الحج في عرفة وهي في الحل فيكون الاحرام من الحرم لتحقق نوع سفر واداء العمرة في الحرم فيكون الاحرام من الحل لهذا الا ان التنعيم افضل لورود الاثر به

باب الاحرام

قال رحمه الله واذا اراد الاحرام اغتسل او توضأ والغسل افضل لما روي انه عليه السلام انه اغتسل لاحرامه الا انه للتنظيف حتى تؤمر به الحائض وان لم يقع فرضا عنها فيقوم الوضوء مقامه كما في الجمعة لكن الغسل افضل لان معنى النظافة فيه اتم ولان النبي عليه السلام اختاره قال ولبس ثوبين جديدين او غسيلين ازارا ورداء لانه عليه السلام اتزر وارتدى عند احرامه ولانه ممنوع عن لبس المخيط ولا بد من ستر العورة ودفع الحر والبرد وذلك فيما عيناه والجديد افضل لانه اقرب الى الطهارة قال ومس طيبا ان كان له وعن محمد رحمه الله انه يكره اذا تطيب بما يبقى عينه بعد الاحرام وهو قول مالك لانه منتفع بالطيب بعد الاحرام وجه المشهور حديث عائشة رضي الله عنها قالت كنت اطيب رسول الله صلى الله عليه وسلم لاحرامه قبل ان يحرم والممنوع منه التطيب والباقي كالتابع له لاتصاله به بخلاف الثوب لانه مباين عنه قال وصلى ركعتين لما روى جابر رضي الله عنه

ان رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى بذي الحليفة ركعتين عند احرامه قال وقال اللهم اني اريد الحج فيسره لي وتقبله مني لان اداءها في ازمنة متفرقة و اماكن متباينة فلا يعرى عن المشقة عادة فيسال التيسير وفي الصلوة لم يذكر مثل هذا الدعاء لان مدتها يسيرة واداءها عادة متيسر قال ثم يلبي عقيب صلوته لما روي ان النبي عليه السلام لبى في دبر صلاته وان لبى بعد ما استوت به راحلته جاز ولكن الاول افضل لما روينا وان كان مفردا بالحج ينوي بتلبيته الحج لانه عبادة والاعمال بالنيات والتلبية ان يقول لبيك اللهم لبيك لبيك لا شريك لك لبيك ان الحمد والنعمة لك والملك لا شريك لك وقوله ان الحمد بكسر الالف لا بفتحها ليكون ابتداء لا بناء اذ الفتحة صفة الاولى وهو اجابة لدعاء الخليل صلوات الله عليه على ما هو المعروف في القصة ولا ينبغي ان يخل بشيء من هذه الكلمات لانه هو المنقول باتفاق الرواة فلا ينقص عنه ولو زاد فيها جاز خلافا للشافعي في رواية الربيع عنه هو اعتبره بالاذان والتشهد من حيث انه ذكر منظوم ولنا ان اجلاء الصحابة كابن مسعود وابن عمر وابي هريرة رضوان الله عليهم اجمعين زادوا على المأثور ولان المقصود الثناء واظهار العبودية فلا يمنع من الزيادة عليه قال واذا لبى فقد احرم يعني اذا نوى لان العبادة لا تتأدى الا بالنية الا انه لم يذكرها لتقدم الاشارة اليها في قوله اللهم اني اريد الحج ولا يصير شارعا في الاحرام بمجرد النية ما لم يأت بالتلبية خلافا للشافعي لانه عقد على الاداء فلا بد من ذكر كما في تحريمة الصلوة ويصير شارعا بذكر يقصد به التعظيم سوى التلبية فارسية كانت او عربية هذا هو المشهور عن اصحابنا والفرق بينه وبين الصلوة على اصلهما ان باب الحج اوسع من باب الصلوة حتى يقام غير الذكر مقام الذكر كتقليد البدن فكذا غير التلبية وغير العربية قال ويتقي ما نهى الله عنه من الرفث والفسوق والجدال والاصل فيه قوله تعالى فلا رفث ولا فسوق ولا جدال في الحج فهذا نهي بصيغة النفي والرفث الجماع او الكلام الفاحش او ذكر الجماع بحضرة النساء والفسوق المعاصي وهو في حال الاحرام اشد حرمة والجدال ان يجادل رفيقه وقيل مجادلة المشركين في تقديم وقت الحج و تأخيره ولا يقتل صيدا لقوله تعالى لا تقتلوا الصيد وانتم حرم ولا يشير اليه ولا يدل عليه لحديث ابي قتادة رضي الله عنه انه اصاب حمار وحش وهو حلال واصحابه محرمون فقال النبي عليه السلام لاصحابه هل اشرتم هل دللتم هل

مل اعنتم فقالوا لانمقال الا فحلوا ولانه ازالة الاهوى عن الصيد لانه آمن بنوحشه
وبعده عن الاعين قال ولا يلبس قميصا ولا سراويل ولا عمامة ولا قلنسوة ولا
قبا ولا خفين الا ان لا يجد نعلين فيقطعهما اسفل من الكعبين لما روي ان النبي
عليه السلام نهى ان يلبس المحرم هذه الاشيا وقال في آخره ولا خفين الا ان
يجد نعلين فليقطعهما اسفل من الكعبين والكعب هٰهنا المفصل الذي في
وسط القدم عند معقد الشراك دون العظم الناتي فيما روى هشام عن محمد
قال ولا يغطي وجهه ولا راسه وقال الشافعي يجوز للرجل تغطية الوجه
لقوله عليه السلام احرام الرجل في راسه واحرام المراة في وجهها ولنا قوله
عليه السلام لا تخمروا وجهه ولا راسه وانه يبعث يوم القيمة ملبيا قاله
في محرم توفي ولان المراة لا تغطي وجهها مع ان في الكشف فتنة فالرجل بطريق
الاولى وفايدة ما روي الفرق في تغطية الراس قال ولا يمس طيبا لقوله عليه
السلام الحاج الشعث التفل وكذا لا يدهن لما روينا ولا يحلق راسه ولا شعر
بدنه لقوله تعالى ولا تحلقوا رؤسكم الاية ولا يقص من لحيته لانه في معنى الحلق
ولان فيه ازالة الشعث وقضا التفث قال ولا يلبس ثوبا مصبوغا
بورس ولا زعفران ولا عصفر لقوله عليه السلام لا يلبس المحرم ثوبا مسه زعفران
ولا ورس قال الا ان يكون غسيلا لا ينفض لان المنع للطيب لا للون وقال
الشافعي رحمه الله لا باس بلبس المعصفر لانه لون لا طيب له ولنا ان له رايحة
طيبة قال ولا باس بان يغتسل ويدخل الحمام لان عمر رضي الله عنه اغتسل
وهو محرم ولا باس بان يستظل بالبيت والمحمل وقال مالك رحمه الله يكره
ان يستظل بالفسطاط وما اشبه ذلك لانه يشبه تغطية الراس ولنا
ان عثمان رضي الله عنه كان يضرب له فسطاط في احرامه ولانه لا يمس بدنه
فاشبه البيت ولو دخل تحت استار الكعبة حتى غطاه ان كان لا يصيب
راسه ولا وجهه فلا باس به لانه استظلال ولا باس بان يشد في وسطه
الهميان وقال مالك يكره اذا كان فيه نفقة غيره لانه لا ضرورة ولنا انه
ليس في معنى لبس المخيط فاستوت فيه الحالتان ولا يغسل راسه ولا لحيته
بالخطمي لانه نوع طيب ولانه يقتل هوام الراس قال ويكثر من التلبية
عقيب الصلوات وكلما علا شرفا او هبط واديا او لقي ركبانا وبالاسحار لان
اصحاب رسول الله عليه السلام كانوا يلبون في هذه الاحوال والتلبية
في الاحرام على مثال التكبير في العيد الصلوة فيؤتى بها عند الانتقال من

حال ويرفع صوته بالتلبية لقوله عليه السلام افضل الحج العج والثج فالعج رفع
الصوت بالتلبية والثج اراقة الدم قال واذا دخل مكة ابتدا بالمسجد
لما روي ان النبي عليه السلام لما دخل مكة دخل المسجد ولان المقصود زيارة
البيت وهو فيه ولا يضره دخلها ليلا او نهارا لانه دخول بلدة فلا يختص
باحدهما واذا عاين البيت كبر وهلل وكان ابن عمر رضي الله عنه يقول اذا لقي
البيت يقول بسم الله والله اكبر ومحمد رحمه الله لم يعين في الاصل لمشاهد
الحج شيا من الدعوات لان التوقيت يذهب بالرقة وان تبرك بالمنقول منها
فحسن قال ثم ابتدا بالحجر الاسود فاستقبله وكبر لما روي ان النبي
عليه السلام دخل المسجد فابتدا بالحجر واستقبله وكبر وهلل قال
ويرفع يديه لقوله عليه السلام لا ترفع الايدي الا في سبع مواطن وذكر
من جملتها استلام الحجر قال واستلمه ان استطاع من غير ان يوذي مسلما لما
روي ان النبي عليه السلام قبل الحجر الاسود ووضع شفتيه عليه وقال
لعمر رضي الله عنه انك رجل ايد توذي الضعيف فلا تزاحم الناس على الحجر
ولكن ان وجدت فرجة فاستلمه والا فاستقبله وهلل وكبر ولان الاستلام
سنة والتحرز عن اذى المسلم واجب قال فان امكنه ان يمس الحجر شيا
كالعرجون وغيره ثم قبل ذلك فعل لما روي انه عليه السلام طاف على راحلته
واستلم الاركان بمحجنه وان لم يستطع شيا من ذلك استقبله وكبر وهلل
وحمد الله تعالى وصلى على النبي عليه السلام قال ثم اخذ عن يمينه
مما يلي الباب وقد اضطبع رداه فيطوف بالبيت سبعة اشواط والاضطباع
لما روي ان النبي عليه السلام استلم الحجر ثم اخذ عن يمينه مما يلي الباب
فطاف سبعة اشواط والاضطباع ان يجعل رداءه تحت ابطه الايمن و
يلقيه على كتفه الايسر وهو سنة وقد نقل ذلك عن رسول الله عليه
السلام قال ويجعل طوافه من وراء الحطيم وهو اسم لموضع فيه الميزاب
سمي به لانه حطم من البيت اي كسر وسمي حجرا لانه حجر منه اي منع وهو
من البيت لقوله عليه السلام في حديث عايشة رضي الله عنها فان
الحطيم من البيت فلهذا يجعل الطواف من ورائه حتى لو دخل الفرجة
التي بينه وبين البيت لا يجوز الا انه اذا استقبل الحطيم وحده لا يجزيه
الصلوة لان فرضية التوجه ثبتت بنص الكتاب فلا يتادى بما ثبت بخبر
الواحد احتياطا والاحتياط في الطواف ان يكون وراءه قال ويرمل في

الثلاث الاول من الاشواط والرمل ان يهز في مشيه الكتفين كالمبارز يتبختر
بين الصفين وذلك مع الاضطباع وكان سببه اظهار الجلد للمشركين حين
قالوا اضناهم حمى يثرب ثم بقي الحكم بعد زوال السبب في زمن النبي عليه السلام
وبعده قال ويمشي في الباقي على هينته على ذلك اتفق رواة نسك رسول الله
عليه السلام والرمل من الحجر الى الحجر هو المنقول من رمل النبي عليه السلام فان
زحمه الناس في الرمل قام فاذا وجد مسلكا رمل لانه لا بدل له فيقف حتى
يقيمه على وجه السنة بخلاف الاستلام لان الاستقبال بدل له قال ويستلم
الحجر كلما مر ان استطاع لان اشواط الطواف كركعات الصلوة فكما يفتتح
كل ركعة بالتكبير يفتتح كل شوط باستلام الحجر وان لم يستطع الاستلام
استقبل وكبر وهلل على ما ذكرنا ويستلم الركن اليماني وهو حسن في ظاهر
الرواية وعن محمد رحمه الله انه سنة ولا يستلم غيرهما فان النبي عليه السلام
كان يستلم هذين الركنين ولا يستلم غيرهما ويختم الطواف بالاستلام يعني
استلام الحجر قال ثم ياتي المقام فيصلي عنده ركعتين او حيث تيسر من
المسجد وهي واجبة عندنا وقال الشافعي رضي الله عنه سنة ولنا
قوله عليه السلام وليصل الطائف لكل اسبوع ركعتين والامر للوجوب
ثم يعود الى الحجر فيستلمه لما روي ان النبي عليه السلام لما صلى ركعتين عاد الى
الحجر والاصل ان كل طواف بعده سعي يعود الى الحجر لان الطواف لما كان يفتتح
بالاستلام فكذا السعي يفتتح به بخلاف ما اذا لم يكن بعده سعي قال
وهذا الطواف طواف القدوم ويسمى طواف التحية وهو سنة وليس بواجب
وقال مالك انه واجب لقوله عليه السلام من اتى البيت فليحيه بالطواف
ولنا ان الله تعالى امر بالطواف والامر المطلق لا يقتضي التكرار وقد تعين
طواف الزيارة بالاجماع وفيما رواه سماه تحية وهو دليل الاستحباب وليس
على اهل مكة طواف القدوم لانعدام القدوم في حقهم قال ثم يخرج الى
الصفا فيصعد عليه ويستقبل البيت ويكبر ويهلل ويصلي على النبي عليه
السلام ويرفع يديه ويدعو الله لحاجته لما روي ان النبي عليه السلام صعد
الصفا حتى اذا نظر الى البيت قام مستقبل القبلة يدعو الله تعالى ولان
الثنا والصلوة يقدم على الدعا تقريبا الى الاجابة كما في غيره من الدعوات
والرفع سنة الدعا وانما يصعد بقدر ما يصير البيت بمرأى منه لان الاستقبال
هو المقصود بالصعود ويخرج الى الصفا من اي باب شاء وانما خرج النبي عليه

السلام من باب بني مخزوم وهو الذي يسمى باب الصفا لانه كان اقرب الابواب
الى الصفا لا انه سنة قال ثم ينحط نحو المروة ويمشي على هينته فاذا بلغ
بطن الوادي يسعى بين الميلين الاخضرين سعيا ثم يمشي على هينته حتى ياتي
المروة فيصعد عليها ويفعل كما فعل على الصفا لما روي ان النبي عليه السلام
نزل من الصفا وجعل يمشي نحو المروة وسعى في بطن الوادي حتى اذا خرج
من بطن الوادي مشى حتى صعد المروة وطاف بينهما سبعة اشواط قال
وهذا شوط يطوف سبعة اشواط يبدأ بالصفا ويختم بالمروة ويسعى
في بطن الوادي في كل شوط لما روينا وانما يبدأ بالصفا لقوله عليه السلام
فيه ابدؤا بما بدأ الله به ثم السعي بين الصفا والمروة واجب وليس بركن وقال
الشافعي رحمه الله انه ركن لقوله عليه السلام ان الله كتب عليكم السعي
فاسعوا ولنا قوله تعالى فلا جناح عليه ان يطوف بهما ومثله يستعمل
للاباحة فينفي الركنية والايجاب الا انا عدلنا عنه في الايجاب ولان الركنية
لا يثبت الا بدليل مقطوع به ولم يوجد ثم معنى ما روي كتب استحبابا
كما في قوله تعالى كتب عليكم اذا حضر احدكم الموت الاية قال ثم يقيم بمكة حراما
لانه محرم بالحج فلا يتحلل قبل الاتيان بافعاله ويطوف بالبيت كلما بدا
له لانه يشبه الصلوة قال عليه السلام الطواف بالبيت صلوة و
الصلوة خير موضوع فكذا الطواف الا انه لا يسعى عقيب هذه الاطوفة
في هذه المدة لان السعي لا يجب فيه الا مرة والتنفل بالسعي غير مشروع ويصلي
لكل اسبوع ركعتين وهي ركعتا الطواف على ما بينا قال فاذا كان
قبل يوم التروية بيوم خطب الامام خطبة يعلم فيها الناس الخروج الى منى
والصلوة بعرفات والوقوف والافاضة والحاصل ان في الحج ثلث خطب
اولها ما ذكرنا والثانية بعرفات يوم عرفة والثالثة بمنى في اليوم الحادي
عشر فيفصل بين كل خطبتين بيوم وقال زفر يخطب في ثلثة ايام متوالية اولها
يوم التروية لانها ايام الموسم ومجتمع الحاج ولنا ان المقصود منها التعليم
ويوم التروية ويوم النحر يوما اشتغال وكان ما ذكرناه انفع وفي القلوب
انجع فاذا صلى الفجر يوم التروية بمكة خرج الى منى فيقيم بها حتى يصلي
الفجر من يوم عرفة لما روي ان النبي عليه السلام صلى الفجر يوم التروية بمكة
فلما طلعت الشمس راح الى منى وصلى بها الظهر والعصر والمغرب والعشاء
والفجر ثم راح الى عرفات ولو بات بمكة ليلة عرفة وصلى بها الفجر ثم غدا الى

عرفات وترغمنا اجزاه لانه لا يتعلق بمنى في هذا اليوم اقامة نسك ولكن اسا
في تركه الاقتداء برسول الله صلى الله عليه وسلم قال ثم يتوجه الى عرفات
فيقيم بها لما روينا وهذا بيان الاولوية اما لو دفع قبله جاز لانه لا يتعلق
بهذا المقام حكم قال في الاصل وينزل بها مع الناس لان الانتباذ تجبر
والحال حال التضرع والاجابة في الجمع ارجى وقيل مراده ان لا ينزل على الطريق
كيلا يضيق على المار قال واذا زالت الشمس يصلي الامام بالناس الظهر والعصر
فيبتدئ فيخطب خطبة يعلم فيها الناس الوقوف بعرفة والمزدلفة والرمي
الجمار والنحر والحلق وطواف الزيارة ويخطب خطبتين يجلس بينهما جلسة
كما في الجمعة هكذا فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال مالك رحمه الله
يخطب بعد الصلاة لانها خطبة وعظ وتذكير فاشبه خطبة العيد
ولنا ما روينا ولان المقصود منها تعليم المناسك والجمع منها وفي ظاهر
المذهب اذا صعد الامام المنبر فجلس اذن المؤذنون كما في الجمعة وعن ابي يوسف
رحمه الله انه يؤذن قبل خروج الامام وعنه انه يؤذن بعد الخطبة والصحيح
ما ذكرنا لان النبي عليه السلام لما خرج واستوى على ناقته اذن المؤذن بين
يديه ويقيم المؤذن بعد الفراغ من الخطبة لانه اوان الشروع في الصلوة
فاشبه الجمعة قال ويصلي بهم الظهر والعصر في وقت الظهر باذان
واقامتين وقد ورد النقل المستفيض باتفاق الرواة بالجمع بين الصلوتين
وفيما روى جابر رضي الله عنه ان النبي عليه السلام صلاهما باذان واقامتين ثم
بيانه انه يؤذن للظهر ويقيم للظهر ثم يقيم للعصر لان العصر يؤدى قبل
وقته المعهود فيفرد بالاقامة اعلاما للناس ولا يتطوع بين الصلوتين
تحصيلا لمقصود الوقوف ولهذا قدم العصر على وقته فلو انه فعل فعل مكروها
واعاد الاذان للعصر في ظاهر الرواية خلافا لما روي عن محمد رحمه الله لان
اشتغاله بالتطوع او بعمل اخر يقطع فور الاذان الاول فيعيد للعصر
فان صلى بغير خطبة اجزاه لان هذه الخطبة ليست بفريضة قال ومن صلى
الظهر في رحله وحده صلى العصر في وقته عند ابي حنيفة وقالا يجمع بينهما المنفرد
لان جواز الجمع للحاجة الى امتداد الوقوف والمنفرد محتاج اليه ولابي حنيفة
ان المحافظة على الوقت فرض بالنصوص فلا يجوز تركه الا فيما ورد الشرع به وهو
الجمع بالجماعة مع الامام والتقديم لصيانة الجماعة لانه يعسر عليهم الاجتماع
للعصر بعد ما تفرقوا في الموقف لا لما ذكرا اذ لا منافاة ثم عند ابي حنيفة الامام

شرط في الصلوتين جميعا وقال زفر في العصر خاصة لانه هو المغير عن وقته وعلى
هذا الخلاف الاحرام بالحج فلابي حنيفة ان التقديم على خلاف القياس عرف
شرعه فيما اذا كانت العصر مرتبة على ظهر مؤدى بالجماعة مع الامام في حالة
الاحرام بالحج فيقتصر عليه ثم لا بد من الاحرام بالحج قبل الزوال في رواية تقديما
للاحرام على وقت الجمع وفي اخرى يكتفى بالتقديم على الصلوة لان المقصود
هو الصلوة قال ثم يتوجه الى الموقف فيقف بقرب الجبل والقوم معه
عقيب انصرافهم من الصلوة لان النبي عليه السلام راح الى الموقف عقيب الصلوة
والجبل يسمى جبل الرحمة والموقف الموقف الاعظم قال وعرفات كلها
موقف الا بطن عرنة لقوله عليه السلام عرفة كلها موقف وارتفعوا عن بطن
عرنة والمزدلفة كلها موقف وارتفعوا عن وادي محسر قال وينبغي
للامام ان يقف بعرفة على راحلته لان النبي عليه السلام وقف على ناقته
وان وقف على قدميه جاز والاول افضل لما بينا وينبغي ان يقف مستقبل
القبلة لان النبي عليه السلام وقف كذلك وقال عليه السلام خير المواقف
ما استقبلت به القبلة ويدعو ويعلم الناس المناسك لما روي ان النبي
عليه السلام كان يدعو يوم عرفة مادا يديه كالمستطعم المسكين ويدعو
بما شاء وان ورد الاثار ببعض الدعوات وقد اوردنا تفصيلها في كتابنا
المترجم بعدة الناسك في عدة من المناسك بتوفيق الله تعالى قال
وينبغي للناس ان يقفوا بقرب الامام لانه يدعو ويعلم فيعوا ويسمعوا
وينبغي ان يقف وراء الامام ليكون مستقبل القبلة وهذا بيان الافضلية
لان عرفة كلها موقف على ما ذكرنا قال ويستحب ان يغتسل قبل الوقوف
بعرفة ويجتهد في الدعاء اما الاغتسال فهو سنة وليس بواجب ولو اكتفى
بالوضوء جاز كما في الجمعة والعيدين وعند الاحرام واما الاجتهاد في
الدعاء فلانه عليه السلام اجتهد في الدعاء في هذا الموقف لامته فاستجيب له
الا في الدماء والمظالم ويلبي في موقفه ساعة بعد ساعة وقال مالك
يقطع التلبية كما يقف بعرفة لان الاجابة باللسان قبل الاشتغال
بالاركان ولنا ما روي ان النبي عليه السلام ما زال يلبي حتى اتى جمرة العقبة
ولان التلبية فيه كالتكبير في الصلوة فياتي بها الى اخر جزء من الاحرام قال
واذا غربت الشمس افاض الامام والناس معه على هينتهم حتى ياتوا مزدلفة
لان النبي عليه السلام دفع بعد غروب الشمس ولان فيه اظهار مخالفة المشركين

وقال النبي عليه السلام يمشي على راحلته في الطريق على هينته فان خاف
الزحام فدفع قبل الامام ولم يجاوز حدود عرفة اجزاه لانه لم يفض من عرفة
والافضل ان يقف في مقامه كيلا يكون آخذا في الاداء قبل وقتها ولو
مكث قليلا بعد غروب الشمس وافاضة الامام لخوف الزحام فلا بأس
به لما روي ان عائشة رضي الله عنها بعد افاضة الامام دعت بشراب فافطرت
ثم افاضت قال واذا اتى مزدلفة فالمستحب ان يقف بقرب الجبل الذي
عليه الميقدة يقال له قزح لان النبي عليه السلام وقف عند هذا الجبل
وكذا عمر رضي الله عنه ويتحرز في النزول عن الطريق كيلا يضر بالمارة فينزل
عن يمينه او يساره ويستحب ان يقف وراء الامام لما بينا في الوقوف
بعرفة قال ويصلي الامام بالناس المغرب والعشاء باذان واقامة
وقال زفر باذان واقامتين اعتبارا بالجمع بعرفة ولنا رواية جابر رضي الله عنه
ان النبي عليه السلام جمع بينهما باذان واقامة واحدة ولان العشاء في
وقته فلا يفرد بالاعلام كما في الجمع الاول ولا يتطوع بينهما لانه يخل بالجمع ولو تطوع
او تشاغل بشيء اعاد الاقامة لوقوع الفصل وكان ينبغي ان يعيد الاذان
كما في الجمع الاول الا انا اكتفينا باعادة الاقامة لما روي ان النبي عليه السلام
صلى المغرب بمزدلفة ثم تعشى ثم افرد الاقامة للعشاء ولا تشترط الجماعة لهذا
الجمع عند ابي حنيفة رحمه الله لان المغرب مؤخر عن وقتها بخلاف الجمع بعرفة
لان العصر مقدم على وقته ومن صلى المغرب في الطريق وحده لم يجزه عند ابي
حنيفة ومحمد وعليه اعادتها ما لم يطلع الفجر وقال ابو يوسف يجزيه وقد
اساء وعلى هذا الخلاف اذا صلى بعرفات لابي يوسف رحمه الله انه اداها
في وقتها فلا تجب اعادتها كما بعد طلوع الفجر الا ان التأخير من السنة فيصير
مسيئا بتركه ولهما ما روي ان النبي عليه السلام قال لاسامة رضي الله عنه
في طريق المزدلفة الصلاة امامك معناه وقت الصلاة وهذا اشارة الى
ان التأخير واجب وانما وجب ليمكنه الجمع بين الصلاتين بالمزدلفة فكان
عليه الاعادة ما لم يطلع الفجر ليصير جامعا بينهما واذا طلع الفجر لا يمكنه
الجمع فسقطت الاعادة قال واذا طلع الفجر يصلي الامام بالناس
الفجر بغلس لرواية ابن مسعود رضي الله عنه ان النبي عليه السلام صلاها يومئذ
بغلس ولان في التغليس دفع حاجة الوقوف فيجوز كتقديم العصر بعرفة
ثم وقف ووقف الناس معه ودعا لان النبي عليه السلام وقف في هذا

الموضع يدعو حتى روي في حديث ابن عباس رضي الله عنهما واستجيب له دعاؤه
لامته حتى الدماء والمظالم ثم هذا الوقوف واجب عندنا وليس بركن حتى
لو تركه بغير عذر يلزمه الدم وقال الشافعي رحمه الله انه ركن لقوله تعالى
واذكروا الله عند المشعر الحرام وبمثله يثبت الركنية ولنا ما روي انه عليه
السلام قدم ضعفة اهله بالليل ولو كان ركنا لما فعل ذلك والمذكور
فيما تلا الذكر وهو ليس بركن بالاجماع وانما عرفنا الوجوب بقوله عليه السلام
من وقف معنا هذا الموقف وقد كان افاض قبل ذلك من عرفات فقد تم
حجه علق به تمام الحج وهذا يصلح امارة الوجوب غير انه اذا تركه بعذر بان
يكون به ضعف او علة او كانت امرأة تخاف الزحام لا شيء عليه لما روينا قال
والمزدلفة كلها موقف الا وادي محسر لما روينا من قبل واذا طلعت الشمس افاض
الامام والناس حتى يأتوا منى قال رضي الله عنه هكذا وقع في نسخ المختصر
وهذا غلط والصحيح اذا اسفر افاض الامام والناس لان النبي عليه السلام
دفع قبل طلوع الشمس قال فيبتدئ بجمرة العقبة فيرميها من بطن الوادي بسبع
حصيات مثل حصى الخذف لان النبي عليه السلام دفع قبل طلوع الشمس
لما اتى منى لم يعرج على شيء حتى رمى جمرة العقبة وقال عليه السلام عليكم
بحصى الخذف لا يؤذي بعضكم بعضا ولو رمى باكبر منه جاز لحصول الرمي
غير انه لا يرمي بالكبار من الاحجار كيلا يتأذى به غيره ولو رماها من فوق
العقبة اجزاه لان ما حولها موضع النسك والافضل ان يكون من بطن الوادي
لما روينا ويكبر مع كل حصاة كذا روى ابن مسعود وابن عمر رضي الله عنهم ولو
سبح مكان التكبير اجزاه لحصول الذكر وهو من آداب الرمي ولا يقف عندها
لان النبي عليه السلام لم يقف عندها ويقطع التلبية مع اول حصاة لما روي
عن ابن مسعود وروى جابر ان النبي عليه السلام قطع التلبية عند اول حصاة
رمى بها جمرة العقبة ثم كيفية الرمي ان يضع الحصاة على ظهر ابهامه اليمنى و
يستعين بالمسبحة ومقدار الرمي ان يكون بين الرامي وبين موضع السقوط خمسة
اذرع كذا روى الحسن عن ابي حنيفة لان ما دون ذلك يكون طرحا ولو طرحها
طرحا اجزاه لانه رمى الى قدميه الا انه مسيء لمخالفته السنة ولو وضعها
وضعا لم يجزه لانه ليس برمي ولو رماها فوقعت قريبا من الجمرة يكفيه لان
هذا القدر مما لا يمكن الاحتراز عنه ولو وقعت بعيدا منها لا يجزيه لانه لم
يعرف قربة الا في مكان مخصوص ولو رمى بسبع حصيات جملة فهذه واحدة لان

المنصوص عليه تفريقا للافعال ويأخذ الحصا من اي موضع شاء الا من عند الجمرة فان
ذلك يكره لان ما عندها من الحصا مردود هكذا جاء في الاثر فيتشاءم به ومع هذا
لو فعل اجزاه لوجود فعل الرمي ويجوز الرمي بكل ما كان من اجزاء الارض عندنا
خلافا للشافعي لان المقصود فعل الرمي وذلك يحصل بالطين كما يحصل بالحجر بخلاف
ما اذا رمى بالذهب والفضة لانه يسمى نثارا لا رميا قال ثم يذبح ان احب
ثم يحلق او يقصر لما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ان اول نسكنا
هذا ان نرمي ثم نذبح ثم نحلق ولان الحلق من اسباب التحلل وكذا الذبح حتى
يتحلل به المحصر فيقدم الرمي عليهما ثم الحلق من محظورات الاحرام فيقدم عليه
الذبح وانما علق الذبح بالمحبة لان الدم الذي يأتي به المفرد تطوع والكلام
في المفرد والحلق افضل لقوله عليه السلام رحم الله المحلقين الحديث
ظاهر بالترحم عليهم ولان الحلق اكمل في قضاء التفث وهو المقصود وفي
التقصير بعض التقصير فاشبه الاغتسال مع الوضوء ويكتفي في الحلق بربع
الراس اعتبارا بالمسح وحلق الكل اولى اقتداء برسول الله عليه السلام و
التقصير ان يأخذ من رؤوس شعره مقدار الانملة قال وقد حل له
كل شيء الا النساء وقال مالك رحمه الله الا الطيب ايضا لانه من دواعي
الجماع ولنا قوله عليه السلام فيه حل له كل شيء الا النساء وهو مقدم على القياس ولا
يحل الجماع فيما دون الفرج عندنا خلافا للشافعي لانه قضاء الشهوة بالنساء فيؤخر
الى تمام الاحلال ثم الرمي ليس من اسباب التحلل عندنا خلافا للشافعي هو يقول
انه يتوقت بيوم النحر كالحلق فيكون بمنزلته في التحليل ولنا ان ما يكون محللا
يكون جناية في غير اوانه كالحلق والرمي ليس بجناية بخلاف الطواف لان التحلل بالحلق
السابق لا به قال ثم يأتي مكة من يومه ذلك او من الغد او من بعد الغد فيطوف
بالبيت طواف الزيارة سبعة اشواط لما روي ان النبي عليه السلام انه لما حلق افاض
الى مكة وطاف بالبيت ثم عاد الى منى وصلى الظهر بمنى ووقته ايام النحر لان الله
تعالى عطف الطواف على الذبح قال فكلوا منها ثم قال وليطوفوا
بالبيت العتيق فكان وقتهما واحدا واول وقته بعد طلوع الفجر من يوم النحر لان
ما قبله من الليل وقت الوقوف بعرفة والطواف مرتب عليه وافضل هذه
الايام اولها كما في التضحية وفي الحديث افضلها اولها فان كان سعى بين الصفا
والمروة عقيب طواف القدوم لم يرمل في هذا الطواف ولا سعي عليه وان كان
لم يقدم السعي رمل في هذا الطواف وسعى بعده لان السعي لم يشرع الا مرة

والرمل ما شرع الا مرة في طواف بعده سعي ويصلي ركعتين بعد هذا الطواف
لان ختم كل طواف بركعتين فرضا كان الطواف او نفلا لما بينا قال
وقد حل له النساء لكن بالحلق السابق اذ هو المحلل لا بالطواف الا انه اخر عمله
في حق النساء قال وهذا الطواف هو المفروض في الحج وهو ركن فيه
اذ هو المأمور به في قوله تعالى وليطوفوا بالبيت العتيق ويسمى طواف
الافاضة وطواف يوم النحر ويكره تأخيره عن هذه الايام لما بينا انه
موقت بها فان اخره عنها لزمه دم عند ابي حنيفة وسنبينه في باب الجنا
يات ان شاء الله تعالى ثم يعود الى منى فيقيم بها لان النبي عليه السلام
رجع اليها كما روينا ولانه بقي عليه الرمي وموضعه بمنى فاذا زالت الشمس
من اليوم الثاني من ايام النحر رمى الجمار الثلاث فيبتدي بالتي تلي مسجد
الخيف فيرميها بسبع حصيات يكبر مع كل حصاة ويقف عندها ثم يرمي
التي تليها مثل ذلك ويقف عندها ثم يرمي جمرة العقبة كذلك ولا يقف
عندها هكذا روى جابر فيما نقل من نسك رسول الله صلى الله عليه وسلم
مفسرا ويقف عند الجمرتين في المقام الذي يقف فيه الناس ويحمد الله ويثني عليه
ويهلل ويكبر ويصلي على النبي عليه السلام ويدعو بحاجته ويرفع يديه
لقوله عليه السلام لا ترفع الايدي الا في سبع مواطن وذكر من جملتها
عند الجمرتين والمراد رفع الايدي بالدعاء وينبغي ان يستغفر للمؤمنين في دعائه
في هذه المواقف لان النبي عليه السلام قال اللهم اغفر للحاج ولمن
استغفر له الحاج ثم الاصل ان كل رمي بعده رمي يقف بعده لانه في وسط
العبادة فيأتي بالدعاء فيه وكل رمي ليس بعده رمي لا يقف لان العبادة
قد انتهت ولهذا لا يقف بعد جمرة العقبة في يوم النحر ايضا قال فاذا كان
من الغد رمى الجمار الثلاث بعد زوال الشمس كذلك وان اراد ان يتعجل
النفر نفر الى مكة وان اراد ان يقيم رمى الجمار يوم الرابع بعد زوال الشمس
لقوله تعالى فمن تعجل في يومين فلا اثم عليه ومن تأخر فلا اثم عليه لمن اتقى
والافضل ان يقيم لما روي ان النبي عليه السلام صبر حتى رمى الجمار الثلاث
في اليوم الرابع وله ان ينفر ما لم يطلع الفجر من اليوم الرابع فاذا طلع الفجر
لم يكن له ان ينفر لدخول وقت الرمي وفيه خلاف الشافعي فان قدم الرمي
في هذا اليوم يعني اليوم الرابع قبل الزوال بعد طلوع الفجر جاز عند
ابي حنيفة وهذا استحسان وقالا لا يجوز اعتبارا بسائر الايام وانما

التفاوت في رخصة النفر فاذا لم يبق رخص لتحقق بها ومذهبه مروي عن ابن
عباس رضي الله عنه ولانه لما ظهر اثر التخفيف في هذا اليوم في جواز الترك
لان يظهر في جوازه في الاوقات كلها اولى بخلاف اليوم الاول والثاني حيث
لا يجوز الرمي فيهما الا بعد الزوال في المشهور من الرواية لانه لا يجوز تركه
فيهما فبقي على اصل المروي فاما يوم النحر فاول وقت الرمي فيه من وقت
طلوع الفجر وقال الشافعي رحمه الله اوله بعد نصف الليل لما روي ان
النبي عليه السلام رخص للرعاء ان يرموا ليلا ولنا قوله عليه السلام لا ترموا
جمرة العقبة الا مصبحين ويروى حتى تطلع الشمس فيثبت اصل الوقت بالاول
والافضلية بالثاني وتاويل ما روي الليلة الثانية والثالثة ولان ليلة
النحر وقت الوقوف والرمي يترتب عليه فيكون وقته بعده ضرورة ثم
عند ابي حنيفة يمتد هذا الوقت الى غروب الشمس وعند ابي يوسف رحمه الله
لقوله عليه السلام ان اول نسكنا في هذا اليوم الرمي جعل اليوم وقتا له
وذهابه بغروب الشمس وعن ابي يوسف رحمه الله انه يمتد الى وقت الزوال
والحجة عليه ما روينا وان اخر الى الليل رماه ولا شيء عليه لحديث الرعاء
فان اخر الى الغد رماه لانه وقت جنس الرمي وعليه دم عند ابي حنيفة لتاخيره
عن وقته كما هو مذهبه قال فان رماها راكبا اجزاه لحصول فعل
الرمي وكل رمي بعده رمي فالافضل ان يرميه ماشيا والا فيرميه راكبا لان
الاول بعده وقوف ودعاء على ما ذكرنا فيرميه ماشيا ليكون اقرب الى التضرع
وبيان الافضل مروي عن ابي يوسف رحمه الله ويكره ان لا يبيت بمنى ليالي
الرمي لان النبي عليه السلام بات بها وعمر رضي الله عنه كان يؤدب على ترك
المقام بها ولو بات في غيرها متعمدا لا يلزمه شيء عندنا خلافا للشافعي
لانه وجب ليسهل عليه الرمي في ايامه فلم يكن من افعال الحج فتركه لا يوجب
الجابر قال ويكره ان يقدم الرجل ثقله الى مكة ويقيم حتى يرمي لما روي
ان عمر رضي الله عنه كان يمنع منه ويؤدب عليه ولانه يوجب شغل قلبه
واذا نفر الى مكة نزل بالمحصب وهو الابطح وهو اسم موضع قد نزل به رسول
الله عليه السلام وكان نزوله قصدا هو الاصح حتى يكون النزول به سنة
على ما روي انه عليه السلام قال لاصحابه انا نازلون غدا بالخيف خيف بني كنانة
حيث تقاسم المشركون فيه على شركهم يشير الى عهدهم على هجران بني هاشم فعرفنا
انه نزل به اراءة للمشركين لطيف صنع الله تعالى به فصار سنة كالرمل في

الطواف

الطواف قال ثم دخل مكة وطاف بالبيت سبعة اشواط لا يرمل فيها
وهذا طواف الصدر ويسمى طواف الوداع وطواف اخر عهده بالبيت لانه يودع
البيت لانه يودع البيت ويصدر به عنه وهو واجب عندنا خلافا للشافعي
رحمه الله لقوله عليه السلام من حج هذا البيت فليكن اخر عهده بالبيت
الطواف ورخص للنساء الحيض ولا على اهل مكة لانهم لا يصدرون ولا يودعون
ولا رمل فيه لما بينا انه شرع مرة واحدة ويصلي ركعتي الطواف بعده لما قدمنا
ويأتي زمزم فيشرب من مائها لما روي ان النبي عليه السلام استقى دلوا بنفسه
فشرب منه ثم افرغ باقي الدلو في البئر ويستحب ان يأتي الباب ويقبل العتبة
ويأتي الملتزم وهو ما بين الحجر الى الباب فيضع صدره ووجهه عليه ويتشبث
بالاستار ساعة ثم يعود الى اهله هكذا روي ان النبي عليه السلام فعل
بالملتزم ذلك قالوا وينبغي ان ينصرف وهو يمشي وراءه ووجهه الى البيت
متباكيا متحسرا على فراق البيت حتى يخرج من المسجد فهذا بيان تمام الحج
والله اعلم **فصل** فان لم يدخل المحرم مكة وتوجه الى عرفات ووقف
بها على ما بينا سقط عنه طواف القدوم لانه شرع في ابتداء الحج على وجه
يترتب عليه سائر الافعال فلا يكون الاتيان به على غير ذلك الوجه سنة
ولا شيء عليه لتركه لانه سنة وبترك السنة لا يجب الجابر ومن ادرك الوقوف
بعرفة ما بين زوال الشمس من يومها الى طلوع الفجر من يوم النحر فقد ادرك
الحج فاول وقت الوقوف بعد الزوال عندنا لما روي ان النبي عليه السلام
وقف بعد الزوال وهذا بيان اول الوقت وقال عليه السلام من ادرك
عرفة بليل فقد ادرك الحج ومن فاته عرفة بليل فقد فاته الحج فهذا بيان
اخر الوقت ومالك رحمه الله ان كان يقول ان اول وقته بعد طلوع الفجر
او بعد طلوع الشمس فهو محجوج عليه بما روينا ثم اذا وقف بعد الزوال
وافاض من ساعته اجزاه عندنا لانه عليه السلام ذكره بكلمة او فانه قال الحج
عرفة فمن وقف بعرفة ساعة من ليل او نهار فقد تم حجه وهي كلمة التخيير
وقال مالك رحمه الله لا يجزيه الا ان يقف في اليوم وجزء من الليل ولكن الحجة
عليه ما روينا ومن اجتاز بعرفات نائما او مغمى عليه او لم يعلم انها عرفات
جاز عن الوقوف لان ما هو الركن قد وجد وهو الوقوف ولا يمتنع ذلك
بالاغماء والنوم كركن الصوم بخلاف الصلاة لانها لا تبقى مع الاغماء والجهل
يخل بالنية وهي ليست بشرط لكل ركن ومن اغمي عليه فاهل عنه رفقاؤه جاز

عند ابي حنيفة وقالا لا يجوز ولو امر انسانا بان يحرم عنه اذا اغمي عليه او نام
فاحرم المامور عنه صح بالاجماع حتى اذا افاق او استيقظ واتى بافعال الحج
جاز لهما انه لم يحرم بنفسه ولا اذن لغيره به وهذا لانه لم يصرح بالاذن
والدلالة تقف على العلم وجواز به لا يعرفه كثير من الفقهاء فكيف يعرفه
العوام بخلاف ما اذا امر غيره بذلك وله انه لما عاقدهم عقد الرفقة
فقد استعان بكل واحد منهم فيما يعجز عن مباشرته بنفسه والاحرام هو
المقصود بهذا السفر وكان الاذن به ثابتا دلالة والعلم ثابت نظرا الى
الدليل والحكم يدار عليه قال والمراة في جميع ذلك كالرجل لانها مخاطبة
كالرجال غير انها لا تكشف راسها لانه عورة وتكشف وجهها لقوله عليه السلام
احرام المراة في وجهها ولو سدلت شيئا على وجهها وجافته عنه جاز هكذا
روي عن عائشة رضي الله عنها ولانه بمنزلة الاستظلال بالمحمل ولا ترفع
صوتها بالتلبية لما فيه من الفتنة ولا ترمل ولا تسعى بين الميلين لانه مخل
بستر العورة ولا تحلق ولكن تقصر لما روي انه عليه السلام نهى النساء عن
الحلق وامرهن بالتقصير ولان حلق الشعر في حقها مثلة كحلق اللحية في حق
الرجل وتلبس من المخيط ما بدا لها لان في لبس غير المخيط كشف العورة قالوا
ولا تستلم الحجر اذا كان هناك جمع لانها ممنوعة عن مماسة الرجال الا ان تجد
الموضع خاليا قال ومن قلد بدنة تطوعا او نذرا او جزاء صيد
او شيئا من الاشياء وتوجه معها يريد الحج فقد احرم لقوله عليه السلام
من قلد بدنة فقد احرم ولان سوق الهدي في معنى التلبية في اظهار
الاجابة لانه لا يفعله الا من يريد الحج او العمرة واظهار الاجابة قد يكون بالفعل
كما يكون بالقول فيصير به محرما لاتصال النية بفعل هو من خصائص
الاحرام وصفة التقليد ان يربط على عنق بدنته قطعة نعل او عروة
مزادة او لحاء شجرة فان قلدها وبعث بها ولم يسقها لم يصر محرما لما روي
عن عائشة رضي الله عنها انها قالت كنت افتل قلائد هدي رسول الله
عليه السلام فبعث بها واقام في اهله حلالا فان توجه بعد ذلك لم يصر
محرما فاذا ادركها وساقها او ادركها فقد اقترنت نيته بعمل هو من خصائص
الاحرام فيصير محرما كما لو ساقها في الابتداء قال الا في بدنة المتعة
فانه محرم حين توجه معناه اذا نوى الاحرام وهذا استحسان وجه القياس
فيه ما ذكرنا وجه الاستحسان ان هذا الهدي مشروع على الابتداء نسكا

لاذن

من مناسك الحج وضعا لانه يختص بمكة ويجب شكرا للجمع بين اداء النسكين وغيره
قد يجب بالجناية وان لم يصل الى مكة فلهذا اكتفى بالتوجه وفي غيره توقف
على حقيقة الفعل فان جلل بدنة او اشعرها او قلد شاة لم يكن محرما لان
التجليل لدفع الحر والبرد والذباب فلم يكن من خصائص الحج والاشعار مكروه
عند ابي حنيفة رحمه الله فلا يكون من النسك في شيء وعندهما ان كان حسنا
فقد يفعل للمعالجة بخلاف التقليد لانه يختص بالهدي وتقليد الشاة غير
معتاد وليس بسنة ايضا قال والبدن من الابل والبقر وقال الشافعي
رحمه الله من الابل خاصة لقوله عليه السلام في حديث الجمعة فالمتعجل منهم
كالمهدي بدنة والذي يليه كالمهدي بقرة فصل بينهما ولنا ان البدنة تنبئ
عن البدانة وهي الضخامة وقد اشتركا في هذا المعنى ولهذا يجزئ كل واحد
منهما عن سبعة والصحيح من الرواية في الحديث كالمهدي جزورا

باب القران

قال رضي الله عنه القران عندنا افضل من التمتع
والافراد وقال الشافعي رحمه الله الافراد افضل وقال مالك رحمه الله
التمتع افضل من القران لان له ذكرا في القرآن ولا ذكر للقران فيه وللشافعي
رحمه الله قوله عليه السلام القران رخصة ولان في الافراد زيادة التلبية
والسفر والحلق ولنا قوله عليه السلام يا آل محمد اهلوا بحجة وعمرة معا ولان
فيه جمعا بين العبادتين فاشبه الصوم مع الاعتكاف والحراسة في سبيل
الله مع صلاة الليل والتلبية غير محصورة والسفر غير مقصود والحلق
خروج عن العبادة فلا ترجيح بما ذكر والمقصود بما روي نفي قول اهل الجا
هلية ان العمرة في اشهر الحج من افجر الفجور وللقران ذكر في القرآن لان المراد
من قوله تعالى واتموا الحج والعمرة لله ان يحرم بهما من دويرة اهله على ما
روينا من قبل ثم فيه تعجيل الاحرام واستدامة احرامهما من الميقات
الى ان يفرغ منهما ولا كذلك التمتع وكان القران اولى منه وقيل الاختلاف
بيننا وبين الشافعي بناء على ان القارن عندنا يطوف طوافين ويسعى سعيين
وعنده طوافا واحدا وسعيا واحدا قال وصفة القران ان يهل بالعمرة
والحج معا من الميقات ويقول عقيب الصلاة اللهم اني اريد العمرة
والحج فيسرهما لي وتقبلهما مني لان القران هو الجمع بين الحج والعمرة من قولك
قرنت الشيء بالشيء اذا جمعت بينهما وكذا اذا ادخل حجة على عمرة قبل ان يطوف
لها اربعة اشواط لان الجمع قد تحقق اذ الاكثر منها قائم ومتى عزم على

اداءهما يسّر الله التيسير فيهما وقدم العمرة على الحج فيه وكذلك يقول لبيك
بعمرة وحجة معًا لانه يبدء بافعال العمرة فكذلك يبدء بذكرها وان اخر ذكرها
في الدعاء والتلبية لا باس به لان الواو للجمع ولو نوى بقلبه ولم يذكرهما
في التلبية اجزاه اعتبارا بالصلوة فاذا دخل مكة ابتداء فطاف بالبيت
سبعة اشواط يرمل في الثلاث الاول منها ويسعى بعدها بين الصفا
والمروة وهذه افعال العمرة ثم يبدا بافعال الحج فيطوف طواف القدوم
سبعة اشواط ويسعى كما بينا في المفرد ويقدم افعال العمرة لقوله تعالى
فمن تمتع بالعمرة الى الحج والقران في معنى المتعة ولا يحلق بين العمرة والحج
لان ذلك جناية على احرام الحج وانما يحلق في يوم النحر كما يحلق المفرد ويتحلل
بالحلق عندنا لا بالذبح كما يتحلل المفرد ثم هذا مذهبنا وقال الشافعي
يطوف طوافا واحدا ويسعى سعيا واحدا لقوله عليه السلام دخلت
العمرة في الحج الى يوم القيمة ولان مبنى القران على التداخل حتى اكتفى
فيه بتلبية واحدة وبسفر واحد وحلق واحد وكذلك في الاركان ولنا انه لما
طاف صبي بن معبد طوافين وسعى سعيين قال له عمر رضي الله عنه هديت
لسنة نبيك ولان القران ضم عبادة الى عبادة وذلك انما يتحقق باداء
عمل كل واحد على الكمال ولانه لا تداخل في العبادات والسفر للتوسل
والتلبية للتحريم والحلق للتحلل فليست هذه الاشياء بمقاصد بخلاف
الاركان الا ترى ان شفعي التطوع لا يتداخلان وبتحريمة واحدة تؤد
يان ومعنى ما رواه دخل وقت العمرة في وقت الحج قال فان طاف طوافين
لعمرته وحجته وسعى سعيين يجزيه لانه اتى بما هو المستحق عليه وقد اساء
بتاخير سعي العمرة وتقديم طواف التحية عليه ولا يلزمه شيء اما عندهما
ظاهر لان التقديم والتاخير في المناسك لا يوجب الدم عندهما وعنده
عنده طواف التحية سنة وتركه لا يوجب الدم فتقديمه اولى والسعي
بتاخيره بالاشتغال بعمل اخر لا يوجب الدم فكذا بالاشتغال بالطواف
قال واذا رمى الجمرة يوم النحر ذبح شاة او بقرة او بدنة او سبع بدنة
فهذا دم القران لانه في معنى المتعة والهدي منصوص عليه فيها والهدي
من الابل والبقر والغنم على ما نذكره في بابه ان شاء الله تعالى واراد بالبدنة
ههنا البعير وان كان اسم البدنة يقع عليه وعلى البقر على ما ذكرناه وكما
يجوز سبع البعير يجوز سبع البقرة فاذا لم يكن له ما يذبح صام ثلاثة ايام

في الحج

في الحج اخرها يوم عرفة وسبعة ايام اذا رجع الى اهله لقوله تعالى فمن لم
يجد فصيام ثلاثة ايام في الحج وسبعة اذا رجعتم تلك عشرة كاملة فالنص
وان ورد في التمتع فالقران مثله لانه مرتفق باداء النسكين والمراد بالحج وقته والله
اعلم وقته لان نفسه لا يصلح ظرفا الا ان الافضل ان يصوم قبل يوم التروية
ويوم عرفة لان الصوم بدل عن الهدي فيستحب تاخيره الى اخر وقته رجاء ان
يقدر على الاصل وان صامها بمكة بعد فراغه من الحج جاز ومعناه بعد مضي
ايام التشريق لان الصوم فيها منهي عنه وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز
لانه معلق بالرجوع الا ان ينوي المقام فحينئذ يجزيه لتعذر الرجوع و
لنا ان معناه رجعتم من الحج اي فرغتم اذ الفراغ سبب الرجوع الى اهله فكان
الاداء بعد السبب فيجوز وان فاته الصوم حتى اتى يوم النحر لم يجزه الا الدم
وقال الشافعي يصوم بعد هذه الايام لانه صوم موقت فيقضي وقال مالك
يصوم فيها لقوله تعالى في الحج وهذا وقته ولنا النهي المشهور عن الصوم
في هذه الايام فيتقيد به النص او يدخله النقص فلا يتادى به ما وجب
كاملا ولا يؤدي بعدها لان الصوم بدل والابدال لا تنصب الا شرعا و
النص خصه بوقت الحج وجواز الدم على الاصل وعن عمر رضي الله عنه انه امر
في مثله بذبح الشاة فلو لم يقدر على الهدي تحلل وعليه دمان دم التمتع
ودم التحلل قبل الهدي فان لم يدخل القارن مكة وتوجه الى عرفات
فقد صار رافضا لعمرته بالوقوف لانه تعذر عليه اداؤها لانه يصير
بانيا افعال العمرة على افعال الحج وذلك خلاف المشروع ولا يصير رافضا
بمجرد التوجه هو الصحيح من مذهب ابي حنيفة رحمه الله ايضا والفرق
له بينه وبين مصلي الظهر يوم الجمعة اذا توجه اليها ان الامر هنالك با
لتوجه متوجه بعد اداء الظهر والتوجه في القران والتمتع منهي عنه
قبل اداء العمرة فافترقا قال وسقط عنه دم القران لانه لما ارتفضت
العمرة لم يوفق لاداء النسكين وعليه قضاؤها لصحة الشروع فيها فاشبه
المحصر والله اعلم

باب التمتع

قال رحمه الله التمتع
افضل من الافراد وعن ابي حنيفة رحمه الله الافراد افضل لان المتمتع
سفره واقع لحجته وجه ظاهر الرواية ان في التمتع جمعا بين العبادتين فاشبه
القران ثم فيه زيادة نسك وهو اراقة الدم وسفره واقع لحجته وان تخللت
العمرة لانها تبع للحج كتخلل السنة بين الجمعة والسعي اليها والمتمتع على نوعين

متمتع يسوق الهدي ومتمتع لا يسوق الهدي ومعنى التمتع الترفق باداء
النسكين في سفر واحد من غير ان يلم باهله بينهما الماما صحيحا ويدخله
اختلافات بينها ان شاء الله تعالى وصفته ان يبتدئ من الميقات فيحرم بالعمرة
ويدخل مكة فيطوف لها ويسعى ويحلق او يقصر وقد حل من عمرته وهذا
هو تفسير العمرة وكذلك اذا اراد ان يفرد بالعمرة فعل ما ذكرنا هكذا فعل
رسول الله عليه السلام في عمرة القضاء وقال مالك رحمه الله لا حلق عليه
انما العمرة الطواف والسعي وحجتنا عليه ما روينا وقوله تعالى محلقين
رءوسكم الآية نزلت في عمرة القضاء ولانها لما كان لها تحرم بالتلبية كان
لها تحلل بالحلق كالحج ويقطع التلبية اذا ابتدأ بالطواف وقال مالك
رحمه الله كما وقع بصره على البيت لان العمرة زيارة البيت وتتم به ولنا
ان النبي عليه السلام في عمرة القضاء قطع التلبية حين استلم الحجر ولان
المقصود هو الطواف فيقطعها عند افتتاحه ولهذا يقطعها الحاج عند
افتتاح الرمي قال ويقيم بمكة حلالا لانه حل من العمرة فاذا كان
يوم التروية احرم بالحج من المسجد والشرط ان يحرم من الحرم اما المسجد
فليس بلازم وهذا لانه في معنى المكي وميقات المكي في الحج الحرم على ما
بينا وفعل ما يفعله الحاج المفرد لانه مؤدي للحج الا انه يرمل في طواف
الزيارة ويسعى بعده لان هذا اول طواف له في الحج بخلاف المفرد لانه
قد سعى مرة ولو كان هذا المتمتع بعد ما احرم بالحج طاف وسعى قبل ان
يروح الى منى لم يرمل في طواف الزيارة ولا يسعى بعده لانه قد اتى بذلك
مرة وعليه دم التمتع للنص الذي تلوناه فان لم يجد صام ثلثة ايام
في الحج وسبعة اذا رجع على الوجه الذي بيناه في القران فان صام ثلثة
ايام من شوال ثم اعتمر لم يجزه عن الثلاثة لان سبب وجوب هذا الصوم
التمتع لانه بدل عن الهدي وهو في هذه الحالة غير متمتع فلا يجوز اداؤه
قبل وجود سببه وان صامها بمكة بعدما احرم بالعمرة قبل ان يطوف جاز عندنا
خلافا للشافعي له قوله تعالى فصيام ثلثة ايام في الحج ولنا انه اداء بعد
انعقاد سببه والمراد بالحج المذكور في النص وقته على ما بينا والافضل
تاخيرها الى اخر وقتها وهو يوم عرفة لما بينا في القران وان اراد المتمتع
ان يسوق الهدي احرم وساق هديه وهذا افضل لان النبي عليه السلام
ساق الهدايا مع نفسه ولان فيه استعدادا ومسارعة فان كانت بدنة

قلدها

قلدها بمزادة او نعل لحديث عائشة رضي الله عنها على ما روينا والتقليد
اولى من التجليل لان له ذكرا في الكتاب ولانه للاعلام والتجليل للزينة
ويلبي ثم يقلد لانه يصير محرما بتقليد الهدي والتوجه معه على ما
سبق والاولى ان يعقد الاحرام بالتلبية ويسوق الهدي وهو افضل
من ان يقودها لانه عليه السلام احرم بذي الحليفة وهداياه تساق
بين يديه ولانه ابلغ في التشهير الا اذا كانت لا تنقاد فحينئذ يقودها
قال واشعر البدنة عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله ولا يشعر عند
ابي حنيفة ويكره والاشعار هو الادماء بالجرح لغة وصفته ان يشق
سنامها بان يطعن في اسفل السنام من الجانب الايمن قالوا والاشبه
هو الايسر لان النبي عليه السلام طعن في جانب اليسار مقصودا وفي
جانب اليمين اتفاقا ويلطخ سنامها بالدم اعلاما وهذا الصنع مكروه
عند ابي حنيفة وعندهما حسن وعند الشافعي سنة لانه مروي عن النبي
عليه السلام وعن الخلفاء الراشدين ولهما ان المقصود من التقليد ان لا
يهاج اذا ورد ماء او كلأ او يرد اذا ضل وانه في الاشعار اتم لانه الزم
فمن هذا الوجه يكون سنة الا انه عارضه جهة كونه مثلة فقلنا
بحسنه ولابي حنيفة انه مثلة وانه منهي عنه ولو وقع التعارض و
الترجيح للمحرم واشعار النبي عليه السلام لصيانة الهدي لان المشركين
لا يمتنعون عن تعرضه الا به وقيل ان ابا حنيفة رحمه الله كره اشعار
اهل زمانه لمبالغتهم فيه على وجه يخاف منه السراية وقيل انما كره
ايثاره على التقليد قال فاذا دخل مكة طاف وسعى وهذا
للعمرة على ما بينا في متمتع لا يسوق الهدي الا انه لا يتحلل حتى يحرم
بالحج يوم التروية لقوله عليه السلام لو استقبلت من امري ما استدبرت
لما سقت الهدي ولجعلتها عمرة وتحللت منها وهذا ينفي التحلل عند
سوق الهدي ويحرم بالحج يوم التروية كما يحرم اهل مكة على ما بينا وان
قدم الاحرام قبله جاز وما عجل المتمتع من الاحرام بالحج فهو افضل لما فيه
من المسارعة وزيادة المشقة وهذه الافضلية في حق من ساق الهدي
وفي حق من لم يسق وعليه دم التمتع على ما بينا واذا حلق يوم النحر فقد
حل من الاحرامين لان الحلق محلل في الحج كالسلام في الصلاة فيتحلل به عنهما
وليس لاهل مكة تمتع ولا قران وانما لهم الافراد خاصة خلافا للشافعي رحمه الله

والحجة عليه قوله تعالى ذلك لمن لم يكن اهله حاضري المسجد الحرام ولان شرعها
للترفه باسقاط احدى السفرتين وهذا في حق الآفاقي ومن كان داخل المواقيت
فهو بمنزلة المكي حتى لا يكون له متعة ولا قران بخلاف المكي اذا خرج الى الكوفة
وقرن حيث يصح لان عمرته وحجته ميقاتيتان فصار بمنزلة الآفاقي واذا عاد
المتمتع الى بلده بعد فراغه من العمرة ولم يكن ساق الهدي بطل تمتعه لانه
الم باهله فيما بين النسكين الماما صحيحا وبذلك يبطل التمتع كذا روي
عن عدة من التابعين واذا ساق الهدي فالمامه لا يكون صحيحا ولا يبطل
تمتعه عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد رحمه الله يبطل لانه اداهما
بسفرتين ولهما ان العود مستحق عليه ما دام على نية التمتع لان السوق يمنعه
من التحلل فلم يصح المامه بخلاف المكي اذا خرج الى الكوفة واحرم بالعمرة
وساق الهدي حيث لم يكن متمتعا لان العود هنا غير مستحق عليه فصح
المامه باهله ومن احرم بعمرة قبل اشهر الحج فتممها واحرم بالحج كان متمتعا
لان الاحرام عندنا شرط فيصح تقديمه على اشهر الحج وانما يعتبر اداء الافعال
فيها وقد وجد الاكثر وللاكثر حكم الكل فان طاف لعمرته قبل اشهر الحج اربعة
اشواط فصاعدا ثم حج من عامه ذلك لم يكن متمتعا لانه ادى الاكثر قبل
اشهر الحج وهذا لانه صار بحال لا يفسد نسكه بالجماع فصار كما اذا تحلل منها
قبل اشهر الحج ومالك رحمه الله يعتبر الاتمام في اشهر الحج والحجة عليه ما ذكرنا
ولان الترفق باداء الافعال والمتمتع المترفق باداء النسكين في سفر
واحد في اشهر الحج قال واشهر الحج شوال وذو القعدة وعشر من ذي
الحجة كذا روي عن العبادلة الثلاثة وعبد الله بن الزبير رضي الله عنهم ولان
الحج يفوت بمضي عشر ذي الحجة ومع بقاء الوقت لا يتحقق الفوات وهذا يدل
على ان المراد من قوله تعالى الحج اشهر معلومات شهران وبعض الثالث لا كله
فان قدم الاحرام بالحج عليها جاز احرامه وانعقد حجا خلافا للشافعي فان
عنده يصير محرما بالعمرة لانه ركن عنده وهو شرط عندنا فاشبه الطهارة في
جواز التقديم على الوقت ولان الاحرام تحريم اشياء وايجاب اشياء وذلك
يصح في كل زمان فصار كالتقديم على المكان قال واذا قدم الكوفي
بعمرة في اشهر الحج وفرغ منها وقصر ثم اتخذ مكة او البصرة دارا وحج من عامه
ذلك فهو متمتع اما الاول فلانه ترفق بالنسكين في سفر واحد في اشهر الحج
واما الثاني فقيل هو بالاتفاق وقيل هو قول ابي حنيفة وعندهما لا يكون

متمتعا لان المتمتع من يكون عمرته ميقاتية وحجته مكية ونسكاه هنا
ميقاتيان وله ان السفر الاول قائم ما لم يعد الى وطنه وقد اجتمع له
نسكان فيه فوجب دم التمتع فان قدم بعمرة فافسدها وفرغ منها وقصر
ثم اتخذ البصرة دارا ثم اعتمر في اشهر الحج وحج من عامه ذلك لم يكن متمتعا
عند ابي حنيفة وقالا هو متمتع لانه انشاء سفر وقد ترفق فيه بنسكين
وله انه باق على سفره ما لم يرجع الى وطنه فان كان رجع الى اهله ثم
اعتمر في اشهر الحج وحج من عامه ذلك يكون متمتعا في قولهم جميعا لان
هذا انشاء سفر لانتهاء السفر الاول وقد اجتمع له نسكان صحيحان فيه
ولو بقي بمكة ولم يخرج الى البصرة حتى اعتمر في اشهر الحج وحج من عامه لا
يكون متمتعا بالاتفاق لان عمرته مكية والسفر الاول انتهى بالعمرة
الفاسدة ولا تمتع لاهل مكة ومن اعتمر في اشهر الحج وحج من عامه فايهما
افسد مضى فيه لانه لا يمكنه الخروج من عهدة الاحرام الا باداء الافعال و
سقط دم المتعة لانه لم يترفق باداء نسكين صحيحين في سفر واحد
واذا تمتعت المرأة فضحت بشاة لم يجزها من المتعة لانها اتت بغير
الواجب وكذا الجواب في الرجل واذا حاضت المرأة عند الاحرام اغتسلت
واحرمت وصنعت كما يصنعه الحاج غير انها لا تطوف بالبيت حتى تطهر
لحديث عائشة رضي الله عنها حين حاضت بسرف ولان الطواف في
المسجد والوقوف بمفازة وهذا الاغتسال للاحرام لا للصلوة فيكون
مفيدا فان حاضت بعد الوقوف وطواف الزيارة انصرفت من مكة ولا
شيء عليها لطواف الصدر لانه على من صدر الا اذا اتخذها دارا بعدما
حل النفر الاول فيما يروى عن ابي حنيفة ويرويه البعض عن محمد لانه وجب
عليه بدخول وقته فلا يسقط بنية الاقامة بعد ذلك والله اعلم

باب الجنايات قال رحمه الله واذا تطيب المحرم فعليه
الكفارة فان تطيب عضوا كاملا فما زاد فعليه دم وذلك مثل الرأس
والساق والفخذ وما اشبه ذلك لان الجناية تتكامل بتكامل الارتفاق
وذلك في العضو الكامل فيترتب عليه كمال الموجب وان طيب اقل
من عضو فعليه الصدقة لقصور الجناية وقال محمد يجب بقدره من الدم
اعتبارا للجزء بالكل وفي المنتقى انه اذا طيب ربع العضو فعليه دم
اعتبارا بالحلق ونحن نذكر الفرق بينهما من بعد ان شاء الله ثم واجب الدم

ينادي بالشاة في جميع المواضع الا في موضعين نذكرهما في باب الهدي ان شاء الله وكل صدقة في الاحرام غير مقدرة فهي نصف صاع من بر الا ما يجب بقتل القملة والجراد هكذا روي عن ابي يوسف رحمه الله قال فان خضب راسه بحنا فعليه دم لانه طيب قال عليه السلام الحنا طيب فان صار ملبدا فعليه دمان دم للتطيب ودم للتغطية ولو خضب راسه بالوسمة لا شي عليه لانها ليست بطيب وعن ابي يوسف رحمه الله انه اذا خضب راسه بالوسمة لاجل المعالجة من الصداع فعليه الجزا باعتبار انه يغلف راسه وهذا صحيح ثم ذكر في الاصل راسه ولحيته واقتصر على ذكر الراس في الجامع الصغير فدل ان كل واحد منهما مضمون فان ادهن بزيت فعليه دم عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا عليه الصدقة وقال الشافعي ان استعمله في الشعر فعليه الدم لازالة الشعث وان استعمله في غيره فلا شي عليه لانعدامه ولهما انه من الاطعمة الا ان فيه ارتفاقا بمعنى قتل الهوام وازالة الشعث فكانت جناية قاصرة ولابي حنيفة انه اصل الطيب ولا يخلو عن نوع طيب ويقتل الهوام ويلين الشعر ويزيل التفث والشعث فتتكامل الجناية بهذه الجملة فتوجب الدم وكونه مطعوما لا ينافيه كالزعفران وهذا الخلاف في الزيت البحت والحل البحت اما المطيب منه كالبنفسج والزنبق وما اشبههما يجب باستعماله الدم بالاتفاق لانه طيب وهذا اذا استعمله على وجه التطيب ولو داوى به جرحه او شقوق رجليه فلا كفارة عليه لانه ليس بطيب في نفسه انما هو اصل الطيب او هو طيب من وجه فيشترط استعماله على وجه التطيب بخلاف ما اذا تداوى بالمسك وما اشبهه وان لبس ثوبا مخيطا او غطى راسه يوما كاملا فعليه دم وان كان اقل من ذلك فعليه صدقة وعن ابي يوسف انه اذا لبس اكثر من نصف يوم وهو قول ابي حنيفة اولا وهو قول الشافعي رحمه الله يجب الدم بنفس اللبس لان الارتفاق يتكامل بالاشتمال على بدنه ولنا ان معنى الترفق مقصود من اللبس فلا بد من اعتبار المدة ليحصل على الكمال ويجب الدم فقدر باليوم لانه يلبس فيه ثم ينزع عادة وتتقاصر دونه الجناية فتجب الصدقة عن ان ابا يوسف اقام الاكثر مقام الكل ولو ارتدى بالقميص او اتشح به او اتزر بالسراويل فلا باس به لانه لم يلبسه لبس المخيط وكذا لو ادخل منكبيه في القبا ولم يدخل يديه في الكمين خلافا لزفر لانه

لبس

لبس القبا فهذا يتكلف في حفظه والتقدير في تغطية الراس من حيث الوقت ما بيناه ولا خلاف انه اذا غطى جميع راسه يوما كاملا يجب عليه الدم لانه ممنوع عنه ولو غطى بعض راسه فالمروي عن ابي حنيفة انه اعتبر الربع اعتبارا بالحلق والعورة وهذا لان ستر البعض استمتاع مقصود يعتاده بعض الناس وعن ابي يوسف رحمه الله انه يعتبر اكثر الراس اعتبارا للحقيقة واذا حلق ربع راسه او ربع لحيته فصاعدا فعليه الدم فان كان اقل من الربع فعليه صدقة وقال مالك رحمه الله لا يجب الا بحلق الكل وقال الشافعي رحمه الله يجب بحلق القليل اعتبارا بنبات الحرم ولنا ان حلق بعض الراس ارتفاق كامل لانه معتاده فتتكامل به الجناية وتتقاصر فيما دونه بخلاف تطييب ربع العضو لانه غير مقصود وكذا حلق بعض اللحية معتاد بالعراق وارض العرب وان حلق الرقبة كلها فعليه دم لان كل واحد منهما مقصود بالحلق لدفع الاذى ونيل الراحة فاشبه العانة ذكر في الابطين الحلق ههنا وفي الاصل النتف وهو السنة وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله اذا حلق عضوا فعليه دم وان كان اقل فطعام اراد به الصدر والساق وما اشبه ذلك لانه مقصود بطريق التنور فكان يحلق كله وتتقاصر عند حلق بعضه فان اخذ من شاربه فعليه طعام حكومة عدل ومعناه انه ينظر ان هذا الماخوذ كم يكون من اللحية فيجب عليه الطعام بحسب ذلك حتى لو كان مثلا مثل ربع الربع يلزمه قيمة ربع الشاة ولفظه الاخذ من الشارب يدل على انه هو السنة فيه دون الحلق والسنة ان يقص حتى يوازي الاطار قال وان حلق موضع المحاجم فعليه دم عند ابي حنيفة وقالا عليه صدقة لانه انما يحلق لاجل الحجامة وهي ليست من المحظورات فكذا ما يكون وسيلة اليها الا ان فيه ازالة شي من التفث فيجب الصدقة ولابي حنيفة ان حلقه مقصود لانه لا يتوسل الى المقصود الا به وقد وجد ازالة التفث عن عضو كامل فيجب الدم وان حلق راس محرم بامره او بغير امره فعلى الحالق الصدقة وعلى المحلوق دم وقال الشافعي لا يجب اذا كان بغير امره بان كان نائما لان من اصله ان الاكراه يخرج المكره من ان يكون مواخذا بالحكم لفعله والنوم ابلغ منه وعندنا بسبب النوم والاكراه ينتفي الماثم دون الحكم وقد تقرر سببه وهو ما نال من الراحة والزينة فيلزمه الدم حتما بخلاف المضطر حيث يتخير لان الافة هناك سماوية

وههنا من العبادة ثم لا يرجع المحلوق راسه على الحالق لان الدم انما لزمه بما
نال من الراحة فصار كالمغرور في حق العقر وكذا اذا كان الحالق حلالا لا يختلف
الجواب في حق المحلوق راسه واما الحالق يلزمه الصدقة في مسئلتنا في الوجهين
وقال الشافعي لا شيء عليه وعلى هذا الخلاف اذا حلق المحرم راس حلال له ان
معنى الارتفاق لا يتحقق بحلق شعر غيره وهو الواجب ولنا ان ازالة ما ينمو
من بدن الانسان من محظورات الاحرام لاستحقاقه الامان بمنزلة نبات
الحرم فلا يفترق الحال بين شعره وشعر غيره الا ان كمال الجناية في شعره فان
اخذ من شارب حلال او قلم اظافيره اطعم ما شاء والوجه فيه ما بيّنّا
ولا يعرى عن نوع ارتفاق لانه يتاذى بتفث غيره وان كان اقل من التاذي
بتفث نفسه فيلزمه الطعام وان قص اظافير يديه ورجليه فعليه دم لانه
من المحظورات لما فيه من قضاء التفث وازالة ما ينمو من البدن فاذا قلمها
كلها فهو ارتفاق كامل فيلزمه الدم ولا يزاد دم ان حصل في مجلس واحد لان
الجناية من نوع واحد وان كان في مجالس فكذلك عند محمد لان مبناها على التداخل
فاشبه كفارة الفطر الا اذا تخللت الكفارة لارتفاع الاولى بالتكفير
وعلى قول ابي حنيفة وابي يوسف يجب اربعة دماء ان قلم في كل مجلس يدا او
رجلا لان الغالب فيه معنى العبادة فيتقيد التداخل باتحاد المجلس
كما في آي السجدة وان قص يدا او رجلا فعليه دم اقامة للربع مقام
الكل كما في الحلق وان قص اقل من خمسة اظافير فعليه صدقة معناه
يجب لكل ظفر صدقة وقال زفر يجب الدم بقص ثلثة منها وهو قول ابي
حنيفة الاول لان في اظافير اليد الواحدة دما والثلاث اكثرها وجه
المذكور في الكتاب ان اظافير كف واحد اقل ما يجب الدم بقلمه وقد
اقمناها مقام الكل فلا يقام اكثرها مقام كلها لانه يؤدي الى ما لا يتناهى
وان قص خمسة اظافير متفرقة من يديه ورجليه فعليه صدقة عند ابي حنيفة
وابي يوسف وقال محمد عليه دم اعتبارا بما لو قصها من كف واحد وبما اذا
حلق ربع الراس من مواضع متفرقة ولهما ان كمال الجناية بنيل الراحة والزينة
وبالقلم على هذا الوجه يتاذى ويشينه ذلك بخلاف الحلق لانه معتاد
على ما مر واذا تقاصرت الجناية يجب فيها الصدقة فيجب بقلم كل ظفر
طعام مسكين وكذلك لو قلم اكثر من خمسة متفرقا الا ان يبلغ ذلك دما
فحينئذ ينقص عنه ما شاء قال وان انكسر ظفر المحرم فتعلق فاخذه فلا شيء عليه

لانه لا ينمو بعد الانكسار فاشبه اليابس من شجر الحرم وان تطيب او لبس او
حلق من عذر فهو مخير ان شاء ذبح شاة وان شاء تصدق على ستة مساكين
ثلاثة اصوع من الطعام وان شاء صام ثلاثة ايام لقوله تعالى ففدية من
صيام او صدقة او نسك وكلمة او للتخيير وقد فسرها رسول الله عليه السلام
بما ذكرنا والاية نزلت في المعذور ثم الصوم يجزيه في اي موضع شاء لانه عبادة
في كل مكان وكذا الصدقة عندنا لما بيّنّا واما النسك يختص بالحرم بالاتفاق
لان الاراقة لم تعرف قربة الا في زمان او مكان وهذا الدم لا يختص بزمان
فتعين اختصاصه بالمكان ولو اختار الطعام اجزاه فيه التغدية والتعشية
عند ابي يوسف رحمه الله اعتبارا بكفارة اليمين وعند محمد رحمه الله لا
يجزيه لان الصدقة تنبئ عن التمليك وهو المذكور **فصل** فان
نظر الى فرج امراته بشهوة فامنى لا شيء عليه لان المحرم هو الجماع ولم يوجد
فصار كما اذا تفكر فامنى وان قبل او لمس بشهوة فعليه دم وفي الجامع الصغير
يقول اذا مس بشهوة فامنى ولا فرق بينهما اذا انزل او لم ينزل ذكره في الاصل
وكذا الجواب في الجماع فيما دون الفرج وعن الشافعي انه انما يفسد احرامه
في جميع ذلك اذا انزل واعتبره بالصوم ولنا ان فساد الحج يتعلق بالجماع
ولهذا لا يفسد بسائر المحظورات وهذا ليس بجماع مقصود فلا يتعلق
به ما يتعلق بالجماع الا ان فيه معنى الاستمتاع والارتفاق بالمراة وذلك
محظور الاحرام فيلزمه الدم بخلاف الصوم لان المحرم فيه قضاء الشهوة
ولا يحصل بدون الانزال فيما دون الفرج وان جامع في احد السبيلين قبل
الوقوف بعرفة فسد حجه وعليه شاة ويمضي في الحج كما يمضي من لم يفسده
والاصل فيه ما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عمن واقع
امراته وهما محرمان بالحج قال يريقان دما ويمضيان في حجتهما وعليهما
الحج من قابل وهكذا نقل عن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم قالوا
يريق كل واحد دما وقال الشافعي رحمه الله يجب بدنة اعتبارا بما لو
جامع بعد الوقوف والحجة عليه اطلاق ما روينا ولان القضاء لما وجب
لم يجب الاستدراك المصلحة خف معنى الجناية فيكتفى بالشاة بخلاف
ما بعد الوقوف لانه لا قضاء ثم سوى بين السبيلين وعن ابي حنيفة
رحمه الله ان في غير القبل منهما لا يفسد لتقاصر معنى الوطء فكان
عنه روايتان وليس عليه ان يفارق امراته في قضاء ما افسداه عندنا خلافا

لمالك رحمه الله اذا خرجا من بيتهما ولزفر رحمه الله اذا احرما وللشافعي اذا انتهيا
الى المكان الذي جامعها فيه له انهما يتذاكران ذلك فيقعان في المواقعة فيفترقان
ولنا ان الجامع وهو النكاح بينهما قائم فلا معنى للافتراق قبل الاحرام
لاباحة الوقاع ولا بعده لانهما يتذكران ما لحقهما من المشقة الشديدة
بسبب لذة يسيرة فيزدادان ندما وتحرزا فلا معنى للافتراق ومن جامع
بعد الوقوف بعرفة لم يفسد حجه وعليه بدنة خلافا للشافعي فيما اذا
جامع قبل الرمي لقوله عليه السلام من وقف بعرفة فقد تم حجه وانما تجب
البدنة لقول ابن عباس رضي الله عنهما او لانه اعلى انواع الارتفاقات فيتغلظ
موجبه وان جامع بعد الحلق فعليه شاة لبقاء احرامه في حق النساء دون لبس
المخيط وما اشبهه فخفت الجناية فاكتفي بالشاة ومن جامع في العمرة قبل ان يطوف
اربعة اشواط او اكثر فعليه شاة ولا تفسد عمرته وقال الشافعي تفسد
في الوجهين وعليه بدنة اعتبارا بالحج اذ هو فرض عنده كالحج ولنا انها سنة
فكانت احط رتبة منه فتجب الشاة فيها والبدنة في الحج اظهارا للتفاوت
ومن جامع ناسيا كان كمن جامع متعمدا وقال الشافعي جماع الناسي غير
مفسد للحج وكذا الخلاف في جماع النائمة والمكرهة هو يقول الحظر ينعدم
بهذه العوارض فلم يقع الفعل جناية ولنا ان الفساد باعتبار معنى الارتفاق
في الاحرام ارتفاقا مخصوصا وهذا لا ينعدم بهذه العوارض والحج ليس في
معنى الصوم لان حالات الاحرام مذكرة بمنزلة حالات الصلوة بخلاف
الصوم **فصل** ومن طاف طواف القدوم محدثا فعليه صدقة
وقال الشافعي رحمه الله لا يعتد به لقوله عليه السلام الطواف صلاة الا
ان الله تعالى اباح فيه المنطق فيكون الطهارة من شرطه ولنا قوله تعالى
وليطوفوا بالبيت العتيق من غير قيد الطهارة فلم تكن فرضا ثم قيل هي
سنة والاصح انه واجبة لانه يجب بتركها الجابر ولان الخبر يوجب العمل فيثبت
به الوجوب فاذا شرع في هذا الطواف وهو سنة يصير واجبا بالشروع
ويدخله نقص بترك الطهارة فيجبر بالصدقة ايضا اظهارا لدنو رتبته عن
الواجب بايجاب الله تعالى وهو طواف الزيارة وكذا الحكم في كل طواف هو
تطوع ولو طاف طواف الزيارة محدثا فعليه شاة لانه ادخل النقص في
الركن فكان افحش من الاول فيجبر بالدم وان كان جنبا فعليه بدنة كذا روي
عن ابن عباس رضي الله عنهما ولان الجنابة اغلظ من الحدث فيجب جبر نقصانها

بالبدنة

بالبدنة اظهارا للتفاوت وكذا اذا طاف اكثره جنبا او محدثا لان اكثر الشيء
له حكم كله والافضل ان يعيد الطواف ما دام بمكة ولا ذبح عليه وفي بعض
النسخ وعليه ان يعيد والاصح انه يؤمر بالاعادة في الحدث استحبابا وفي
الجنابة ايجابا لفحش النقصان بسبب الجنابة وقصوره بسبب الحدث ثم
اذا اعاده وقد طافه محدثا لا ذبح عليه وان اعاده بعد ايام النحر لان بعد
الاعادة لا يبقى الا شبهة النقصان وان اعاده وقد طافه جنبا في ايام النحر
لزمه الدم عند ابي حنيفة بالتاخير على ما عرف من مذهبه ولو رجع الى
اهله وقد طافه جنبا عليه ان يعود لان النقص كثير فيؤمر بالعود استدراكا
له ويعود باحرام جديد وان لم يعد وبعث بدنة اجزاه لما بينا انه جابر
له الا ان الافضل هو العود ولو رجع الى اهله وقد طافه محدثا ان عاد
وطاف جاز وان بعث بالشاة فهو افضل لانه خف معنى النقصان وفيه
نفع الفقراء ولو لم يطف طواف الزيارة اصلا حتى رجع الى اهله فعليه
ان يعود بذلك الاحرام لانعدام التحلل منه وهو محرم عن النساء ابدا
حتى يطوف ومن طاف طواف الصدر محدثا فعليه صدقة لانه دون طواف
الزيارة وان كان واجبا فلا بد من اظهار التفاوت وعن ابي حنيفة رحمه الله
انه يجب شاة الا ان الاول اصح وان طاف جنبا فعليه شاة لانه نقص
كثير ثم هو دون طواف الزيارة فيكتفى بالشاة ومن ترك من طواف الزيارة
ثلثة اشواط فما دونها فعليه شاة لان النقصان بترك الاقل يسير فاشبه
النقصان بسبب الحدث فيلزمه شاة فلو رجع الى اهله اجزاه ان لا يعود
ويبعث شاة لما بينا ومن ترك اربعة اشواط بقي محرما ابدا حتى يطوفها
لان المتروك اكثر فصار كانه لم يطف اصلا ومن ترك طواف الصدر او اربعة
اشواط منه فعليه شاة لانه ترك الواجب او الاكثر منه وما دام بمكة
يؤمر بالاعادة اقامة للواجب في وقته ومن ترك ثلثة اشواط من طواف
الصدر فعليه الصدقة ومن طاف طواف الواجب في جوف الحجر فان كان بمكة
اعاده لان الطواف وراء الحطيم واجب على ما قدمنا والطواف في جوف
الحجر ان يدور حول الكعبة ويدخل الفرجتين اللتين بينها وبين الحطيم فاذا فعل
ذلك فقد دخل نقصان في طوافه فما دام بمكة اعاده كله ليكون مؤديا
الطواف على الوجه المشروع وان اعاد على الحجر خاصة اجزاه لانه تلافى ما هو
المتروك وهو ان يأخذ عن يمينه خارج الحجر حتى ينتهي الى اخره ثم يدخل الحجر

الفرجة ويخرج من الجانب الآخر هكذا يفعله سبع مرات فان رجع الى اهله و
لم يعد فعليه دم لانه تمكن نقصان في طوافه بترك ما هو قريب من الربع
ولا يجزيه الصدقة ومن طاف طواف الزيارة على غير وضوء وطواف الصدر
في آخر ايام التشريق طاهرا فعليه دم فان كان طاف طواف الزيارة جنبا
فعليه دمان عند ابي حنيفة وقالا عليه دم واحد لان في الوجه الاول لم
ينتقل طواف الصدر الى طواف الزيارة لانه واجب واعادة طواف
الزيارة بسبب الحدث غير واجب وانما هو مستحب فلا ينتقل اليه وفي
الوجه الثاني ينتقل طواف الصدر الى طواف الزيارة لانه مستحق الا
عادة فيصير تاركا لطواف الصدر مؤخرا لطواف الزيارة عن ايام النحر فيجب
الدم بترك الصدر بالاتفاق وبتأخير الآخر على الخلاف الا انه يؤمر
باعادة طواف الصدر ما دام بمكة ولا يؤمر بعد الرجوع على ما بينا ومن
طاف لعمرته وسعى على غير وضوء وحل فما دام بمكة يعيدهما ولا شيء عليه
اما اعادة الطواف فلتمكن النقص فيه بسبب الحدث واما السعي فلانه
تبع للطواف واذا اعادهما لا شيء عليه لارتفاع النقصان وان رجع الى
اهله قبل ان يعيد فعليه دم لترك الطهارة فيه ولا يؤمر بالعود لوقوع
التحلل باداء الركن اذ النقصان يسير وليس عليه في السعي شيء لانه اتى به
على اثر طواف معتد به وكذا اذا اعاد الطواف ولم يعد السعي في الصحيح
ومن ترك السعي بين الصفا والمروة فعليه دم وحجه تام لان السعي
من الواجبات عندنا فيلزم بتركه الدم دون الفساد ومن افاض قبل الا
مام من عرفات فعليه دم وقال الشافعي لا شيء عليه لان الركن
اصل الوقوف فلا يلزمه بترك الاطالة شيء ولنا ان الاستدامة الى غروب
الشمس واجب لقوله عليه السلام فادفعوا بعد غروب الشمس فيجب بتركه
الدم بخلاف ما اذا وقف ليلا لان استدامة الوقوف على من وقف نهارا
لا ليلا فان عاد الى عرفة بعد غروب الشمس لا يسقط عنه الدم في ظاهر
الرواية لان المتروك لا يصير مستدركا واختلفوا فيما اذا عاد قبل الغروب
ومن ترك الوقوف بالمزدلفة فعليه دم لانه من الواجبات ومن ترك
رمي الجمار في الايام كلها فعليه دم لتحقق ترك الواجب ويكفيه دم واحد
لان الجنس متحد كما في الحلق والترك انما يتحقق بغروب الشمس من آخر ايام
الرمي لانه لم يعرف قربة الا فيها وما دامت الايام باقية والاعادة ممكنة

فيهما على التأليف ثم بتأخيرها يجب الدم عند ابي حنيفة خلافا لهما وان
ترك رمي يوم فعليه دم لانه نسك تام ومن ترك رمي احدى الجمار الثلث
فعليه الصدقة لان الكل في هذا اليوم نسك واحد وكان المتروك اقل
الا ان يكون المتروك اكثر من النصف فحينئذ يلزمه الدم لوجود ترك الاكثر
وان ترك رمي جمرة العقبة في يوم النحر فعليه دم لان كل وظيفة هذا اليوم
رميا وكذا اذا ترك منها حصاة او حصاتين او ثلاثا تصدق لكل حصاة
نصف صاع الا ان يبلغ دما فينقص ما شاء لان المتروك هو الاقل فيكفيه
الصدقة ومن اخر الحلق حتى مضت ايام النحر فعليه دم عند ابي حنيفة
وكذا اذا اخر طواف الزيارة وقالا لا شيء عليه في الوجهين وكذا الخلاف
في تأخير الرمي وفي تقديم نسك على نسك كالحلق قبل الرمي ونحر القارن
قبل الرمي والحلق قبل الذبح لهما ان ما فات مستدرك بالقضاء ولا يجب
مع القضاء شيء آخر وله حديث ابن مسعود قال من قدم نسكا على نسك فعليه
الدم ولان التأخير عن المكان يوجب الدم فيما هو موقت بالمكان
كالاحرام وكذا التأخير عن الزمان فيما هو موقت بالزمان وان حلق في ايام
النحر في غير الحرم فعليه دم ومن اعتمر فخرج من الحرم وقصر فعليه دم عند
ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف لا شيء عليه قال رضي الله
عنه ذكر في الجامع الصغير قول ابي يوسف رحمه الله في المعتمر ولم يذكره في
الحاج وقيل هو بالاتفاق لان السنة جرت في الحج بالحلق بمنى وهو من الحرم
والاصح انه على الخلاف هو يقول الحلق غير مختص بالحرم لان النبي
عليه السلام واصحابه احصروا بالحديبية وحلقوا في غير الحرم ولهما ان
الحلق لما جعل محللا صار كالسلام في آخر الصلوة فانه من واجباتها
وان كان محللا واذا صار نسكا اختص بالحرم كالذبح وبعض الحديبية
من الحرم فلعلهم حلقوا فيه فالحاصل ان الحلق يتوقت بالزمان
والمكان عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف رحمه الله لا يتوقت بهما وعند
محمد يتوقت بالمكان دون الزمان وعند زفر يتوقت بالزمان
دون المكان وهذا الخلاف في التوقيت في حق التضمين بالدم اما لا يتوقت
في حق التحلل بالاتفاق والتقصير والحلق في العمرة غير موقت بالزمان
بالاجماع لان اصل العمرة لا يتوقت به بخلاف المكان لانه موقت به
قال فان لم يقصر حتى رجع وقصر فلا شيء عليه في قولهم جميعا معناه

اذا اخرج المعتمر ثم عاد الى الحرم لانه اتى به في مكانه فلا يلزمه ضمانه فان حلق
القارن قبل ان يذبح فعليه دمان عند ابي حنيفة دم بالحلق في غير اوانه
لان اوانه بعد الذبح ودم بتاخير الذبح عن الحلق وعندهما يجب عليه دم
واحد وهو الاول ولا يجب بسبب التاخير شي لما قلنا فصل
اعلم ان صيد البر محرم على المحرم وصيد البحر حلال لقوله تعالى احل لكم صيد
البحر الى اخر الاية وصيد البر ما يكون توالده ومثواه في البر وصيد البحر
ما يكون توالده ومثواه في البحر اما الصيد هو الممتنع المتوحش في اصل الخلقة
واستثنى رسول الله صلى الله عليه وسلم الخمس الفواسق وهو الكلب
العقور والذيب والحداة والغراب والحية والعقرب فانها مبتديات
بالاذى والمراد به الغراب الذي ياكل الجيف هو المروي عن ابي يوسف
قال واذا قتل المحرم صيدا او دل عليه من قتله فعليه الجزا اما القتل
فلقوله تعالى لا تقتلوا الصيد وانتم حرم ومن قتله منكم متعمدا فجزاء
الاية نص على ايجاب الجزاء واما الدلالة ففيها خلاف الشافعي رحمه الله هو
يقول الجزا تعلق بالقتل والدلالة ليست بقتل فاشبه دلالة الحلال
حلالا ولنا ما روينا من حديث ابي قتادة وقال عطاء اجمع الناس على ان
على الدال الجزا ولان الدلالة من محظورات الاحرام ولانه تفويت الامن
عن الصيد اذ هو آمن بتوحشه وتواريه فصار كالاتلاف ولان المحرم باحرامه
التزم الامتناع عن التعرض فيضمن بترك ما التزمه كالمودع بخلاف الحلال
لانه لا التزام من جهته على ان فيه الجزا على ما روي عن ابي يوسف وزفر
والدلالة الموجبة للجزا ان لا يكون المدلول عالما بمكان الصيد وان يصدقه
في الدلالة حتى لو كذبه وصدق غيره لا ضمان على المكذب ولو كان الدال
حلالا في الحرم لم يكن عليه شي لما قلنا وسوا في ذلك العامد والناسي لانه
ضمان يعتمد وجوبه الاتلاف فاشبه غرامات الاموال والمبتدي والعائد
سوا لان الموجب لا يختلف والجزا عند ابي حنيفة وابي يوسف ان يقوم
الصيد في المكان الذي قتل فيه او في اقرب المواضع منه اذا كان في برية يقومه
ذوا عدل ثم هو مخير في الفدا ان شا ابتاع بها هديا وذبحه ان بلغت ثمن
هديا وان شا اشترى بها طعاما وتصدق على كل مسكين نصف صاع
من بر او صاعا من تمر او شعير وان شا صام على ما نذكر وقال محمد والشافعي
يجب في الصيد النظير فيما له نظير ففي الظبي شاة وفي الضبع شاة وفي

الارنب

الارنب عناق وفي اليربوع جفرة وفي النعامة بدنة وفي حمار الوحش بقرة لقوله
تعالى فجزاء مثل ما قتل من النعم ومثله من النعم ما يشبه المقتول صورة لان القيمة لا تكون
نعما والصحابة رضي الله عنهم اوجبوا النظير من حيث الخلقة والمنظر في
النعامة والظبي وحمار الوحش والارنب على ما بيناه وقال عليه السلام
الضبع صيد وفيه الشاة وما ليس له نظير عند محمد تجب القيمة مثل العصفور
والحمامة واشباههما واذا وجبت القيمة كان قوله كقولهما والشافعي
رحمه الله يوجب في الحمامة شاة ويثبت المشابهة بينهما من حيث ان كل
واحد منهما يعب ويهدر ولابي حنيفة وابي يوسف ان المثل المطلق هو
المثل صورة ومعنى ولا يمكن الحمل عليه فحمل على المثل معنى لكونه معهودا
في الشرع كما في حقوق العباد او لكونه مرادا بالاجماع او لما فيه من التعميم
وفي ضده التخصيص والمراد بالنص والله اعلم فجزاء قيمة ما قتل من النعم
الوحشي واسم النعم ينطلق على الوحشي والاهلي كذا قاله ابو عبيدة والاصمعي
والمراد بما روي التقدير دون ايجاب المعين ثم الخيار الى القاتل في ان يجعله
هديا او طعاما او صوما عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد والشافعي
رحمهما الله الخيار الى الحكمين في ذلك فان حكما بالهدي يجب النظير على ما ذكرنا
وان حكما بالطعام او بالصيام فعلى ما قاله ابو حنيفة وابو يوسف لهما
ان التخيير شرع رفقا بمن عليه فيكون الخيار اليه كما في كفارة اليمين ولمحمد
والشافعي قوله تعالى يحكم به ذوا عدل منكم هديا الاية ذكر الهدي منصوبا
لانه تفسير لقوله يحكم او مفعول لحكم ثم ذكر الطعام والصيام بكلمة او
فيكون الخيار اليهما قلنا الكفارة عطف على الجزاء لا على الهدي بدليل
انه مرفوع وكذا قوله او عدل ذلك صياما مرفوع فلم يكن فيها دلالة
اختيار الحكمين وانما يرجع اليهما في تقويم المتلف ثم الاختيار بعد ذلك
الى من عليه ويقومان في المكان الذي اصابه لاختلاف القيم باختلاف
الاماكن فان كان الموضع برا لا يباع فيه الصيد يعتبر اقرب المواضع اليه
مما يباع فيه ويشترى قالوا والواحد يكفي والمثنى اولى لانه احوط وابعد
من الغلط كما في حقوق العباد وقيل يعتبر المثنى ههنا بالنص والهدي لا يذبح
الا بمكة لقوله تعالى هديا بالغ الكعبة ويجوز الاطعام في غيرها خلافا
للشافعي هو يعتبره بالهدي والجامع التوسعة على سكان الحرم ونحن
نقول الهدي قربة غير معقولة فيختص بمكان او زمان اما الصدقة قربة

معقولة في كل زمان ومكان والصوم يجوز في غير مكة لانه قربة في كل مكان
فان ذبح بالكوفة اجزاه عن الطعام معناه اذا تصدق باللحم وفيه وفاء
بقيمة الطعام لان الاراقة لا تنوب عنه واذا وقع الاختيار على الهدي
يهدي ما يجزيه في الاضحية لان مطلق اسم الهدي منصرف اليه وقال محمد
والشافعي يجزي صغار النعم فيها لان الصحابة رضي الله عنهم اوجبوا عناقا
وجفرة وعند ابي حنيفة وابي يوسف يجوز الصغار على وجه الاطعام يعني
اذا تصدق واذا وقع الاختيار على الطعام يقوم المتلف بالطعام
عندنا لانه هو المضمون ودعينه قيمته واذا اشترى بالقيمة طعاما تصدق
على كل مسكين نصف صاع من بر او صاعا من تمر او من شعير لا يجوز ان
يطعم المسكين اقل من نصف صاع لان الطعام المذكور ينصرف الى ما هو
المعهود في الشرع وان اختار الصيام يقوم المقتول طعاما ثم يصوم عن
كل نصف صاع من بر او صاع من شعير يوما لان تقدير الصيام بالمقتول
غير ممكن اذ لا قيمة للصيام فقدرناه بالطعام والتقدير على هذا
الوجه معهود كما في باب الفدية فان فضل من الطعام اقل من نصف
صاع فهو مخير ان شاء تصدق بها وان شاء صام عنه يوما كاملا لان
الصوم اقل من يوم غير مشروع وكذلك ان كان الواجب دون طعام
مسكين يطعم قدر الواجب او يصوم كاملا لما قلنا ولو جرح صيدا
او نتف شعره او قطع عضوا منه ضمن ما نقصه اعتبارا للبعض بالكل
كما في حقوق العباد ولو نتف ريش طاير او قطع قوايم صيد فخرج من
حيز الامتناع فعليه قيمته كاملة لانه فوت عليه الامن بتفويت آلة
الامتناع فيغرم جزاوه ومن كسر بيض نعامة فعليه قيمته فهذا مروي
عن علي وابن عباس رضي الله عنهم ولانه اصل الصيد وله عرضية
ان يصير صيدا فنزل منزلة الصيد احتياطا ما لم يفسد فان خرج من
البيض فرخ ميت فعليه قيمته وهذا استحسان والقياس ان لا
يغرم سوى البيضة لان حياة الفرخ غير معلوم ووجه الاستحسان ان
البيض معد ليخرج منه الفرخ الحي والكسر قبل اوانه سبب لموته فيحال
به عليه احتياطا وعلى هذا اذا ضرب بطن ظبية فالقت جنينا ميتا و
ماتت فعليه قيمتهما وليس في قتل الغراب والحداة والذئب والحية
والعقرب والفارة والكلب العقور جزاء لقوله عليه السلام خمس

من الفواسق يقتلن في الحل والحرم الحداة والحية والعقرب والفارة و
الكلب العقور وقال عليه السلام يقتل المحرم الفارة والغراب والحداة
والعقرب والحية والكلب العقور وقد ذكر الذيب في بعض الروايات وقيل
المراد بالكلب العقور الذيب او يقال ان الذيب في معناه والمراد بالغراب
الذي ياكل الجيف ويخلط لانه يبتدي بالاذى اما العقعق غير مستثنى
لانه لا يسمى غرابا ولا يبتدي بالاذى وعن ابي حنيفة رحمه الله ان
الكلب العقور وغير العقور والمستانس والمستوحش منهما سواء
لان المعتبر في ذلك الجنس وكذا الفارة الاهلية والوحشية سواء
والضب واليربوع ليسا من الخمس المستثناة لانهما لا يبتديان بالاذى
وليس في قتل البعوض والنمل والبراغيث والقراد شيء لانها ليست من
الصيود وليست بمتولدة من البدن ثم هي موذية بطباعها والمراد النمل
السود او الصفر التي توذي وما لا يوذي لا يحل قتلها ولكن لا يجب
الجزاء للعلة الاولى ومن قتل قملة تصدق بما شاء مثل كف من
طعام لانها متولدة من التفث الذي على البدن وفي الجامع الصغير اطعم
شيا وهذا يدل على انه يجزيه ان يطعم مسكينا شيا يسيرا على سبيل
الاباحة وان لم يكن مشبعا ومن قتل جرادة تصدق بما شاء لان الجراد
من صيد البر فان الصيد ما لا يمكن اخذه الا بحيلة ويقصده الاخذ
وتمرة خير من جرادة لقول عمر رضي الله عنه تمرة خير من جرادة ولا شي
عليه في قتل السلحفاة لانه من الهوام والحشرات فاشبه الخنافس
والوزغات ويمكن اخذه من غير حيلة وكذا لا يقصد بالاخذ فلم يكن
صيدا ومن حلب صيد الحرم فعليه قيمته لان اللبن من اجزاء الصيد
فاشبه كله ومن قتل ما لا يوكل لحمه من الصيد كالسباع ونحوها فعليه
الجزاء الا ما استثناه الشرع وهو ما عددناه وقال الشافعي
سن رحمه الله لا يجب الجزاء بها لانها جبلت على الايذاء فدخلت في الفوا
سق المستثناه وكذا اسم الكلب يتناول السباع باسرها لغة ولنا ان السبع
صيد لتوحشه وكونه مقصودا بالاخذ اما لجلده او ليصطاد به او
لدفع اذاه والقياس على الفواسق ممتنع لما فيه من ابطال العدد واسم
الكلب لا يقع على السبع عرفا والعرف املك ولا يجاوز بقيمته شاة وقال
زفر رحمه الله يجب بالغة ما بلغت اعتبارا بماكول اللحم لنا قوله عليه السلام

الضبع صيد وفيه الشاة ولان اعتبار قيمته لمكان الانتفاع بجلده لا لانه
محارب موذ ومن هذا الوجه لا يزاد على قيمة الشاة ظاهرا فاذا صال السبع
على محرم فقتله لا شيء عليه وقال زفر يجب اعتبارا بالجمل الصائل ولنا ما روي
عن عمر رضي الله عنه انه قتل سبعا واهدى كبشا وقال انا ابتدأناه ولان المحرم
ممنوع عن التعرض لا عن دفع الاذى ولهذا كان ماذونا في دفع المتوهم من
الاذى كما في الفواسق فلان يكون ماذونا في دفع المتحقق اولى ومع و
جود الاذن من الشارع لا يجب الجزاء حقا له بخلاف الجمل الصائل لانه لا اذن
من صاحب الحق وهو العبد وان اضطر المحرم الى قتل صيد فقتله فعليه
الجزاء لان الاذن مقيد بالكفارة بالنص على ما تلوناه قبل ولا باس للمحرم
ان يذبح الشاة والبقرة والبعير والدجاجة والبط الاهلي لان هذه الاشياء
ليست بصيود لعدم التوحش والمراد بالبط الذي يكون في المساكن والحياض
لانه الوف باصل الخلقة ولو ذبح حماما مسرولا فعليه الجزاء خلافا لمالك
رحمه الله له انه الوف مستانس ولا يمتنع بجناحيه لبطوء نهوضه ونحن نقول
الحمام متوحش باصل الخلقة ممتنع بطيرانه وان كان بطيء النهوض والا
ستيناس عارض فلم يعتبر وكذا اذا قتل ظبيا مستانسا لانه صيد في الاصل
فلا يبطله الاستيناس كالبعير اذا ند لا ياخذ حكم الصيد في الحرمة على المحرم
صيدا فذبيحته ميتة لا يحل اكلها وقال الشافعي يحل ما ذبحه المحرم لغيره لانه
عامل له فينتقل فعله اليه ولنا ان الذكاة فعل مشروع وهذا فعل حرام
فلا يكون ذكاة كذبيحة المجوسي وهذا لان المشروع هو الذي قام مقام
المميز بين الدم واللحم تيسيرا فينعدم بانعدامه فان اكل المحرم الذابح من ذلك
شيئا فعليه قيمته ما اكل عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا ليس عليه
جزاء ما اكل وان اكل منه محرم آخر فلا شيء عليه في قولهم جميعا لهما ان هذه
ميتة فلا يلزمه باكلها الا الاستغفار وصار كما اذا اكله محرم غيره ولابي
حنيفة رضي الله عنه ان حرمته باعتبار كونه ميتة كما ذكرنا وباعتبار انه
محظور احرامه لان احرامه هو الذي اخرج الصيد عن المحلية والذابح عن
الاهلية في حق الذكاة فصارت حرمة التناول بهذه الوسائط مضافا الى
احرامه بخلاف محرم آخر لان تناوله ليس من محظورات احرامه ولا باس
بان ياكل المحرم لحم صيد اصطاده حلال وذبحه اذا لم يدل المحرم عليه
ولا امره بصيده خلافا لمالك رحمه الله فيما اذا اصطاده لاجل المحرم له

قوله

قوله عليه السلام لا باس باكل المحرم لحم الصيد ما لم يصده او يصد له و
لنا ما روي ان الصحابة رضي الله عنهم تذاكروا لحم الصيد في حق المحرم فقال
عليه السلام لا باس به واللام فيما روي لام التمليك فيحمل على ان يهدى
اليه الصيد دون اللحم او معناه ان يصاد بامره ثم شرط عدم الدلالة وهذا
تنصيص على ان الدلالة محرمة قالوا فيه روايتان ووجه الحرمة حديث
ابي قتادة وقد ذكرناه وفي صيد الحرم اذا ذبحه الحلال قيمته يتصدق بها
على الفقراء لان الصيد استحق الامن بسبب الحرم قال عليه السلام في
حديث فيه طول ولا ينفر ولا يجزيه الصوم لانها غرامة وليست بكفارة فاشبهت
ضمان الاموال وهذا لانه يجب بتفويت وصف في المحل وهو الامن و
الواجب على المحرم بطريق الكفارة جزاء على فعله لان الحرمة باعتبار معنى فيه
وهو احرامه والصوم يصلح جزاء الافعال لا ضمان المحال وقال زفر رحمه الله
يجزيه الصوم اعتبارا بما وجب على المحرم والفرق قد ذكرناه وهل يجزيه الهدي
فيه روايتان ومن دخل الحرم بصيد فعليه ان يرسله فيه اذا كان في يده
خلافا للشافعي فانه يقول حق الشرع لا يظهر في مملوك العبد لحاجة العبد
ولنا انه لما حصل في الحرم وجب ترك التعرض لحرمة الحرم اذ صار من صيد
الحرم فاستحق الامن لما روينا فان باعه رد البيع فيه ان كان قائما لان البيع
لم يجز لما فيه من التعرض للصيد وذلك حرام وان كان فائتا فعليه
الجزاء لانه تعرض للصيد بتفويت الامن الذي استحقه وكذلك بيع
المحرم الصيد من محرم او حلال لما قلنا ومن احرم وفي بيته او في قفص معه
صيد فليس عليه ان يرسله وقال الشافعي رحمه الله عليه ان يرسله لانه
متعرض للصيد بامساكه في ملكه فصار كما اذا كان في يده ولنا ان الصحابة
رضي الله عنهم كانوا يحرمون وفي بيوتهم صيود ودواجن ولم ينقل عنهم
ارسالها وبذلك جرت العادة الفاشية وهي من احدى الحجج ولان الواجب
ترك التعرض وهو ليس بمتعرض من جهته لانه محفوظ بالبيت والقفص
لا به غير انه في ملكه ولو ارسله في مفازة فهو على ملكه فلا معتبر ببقاء الملك
وقيل اذا كان القفص في يده لزمه ارساله لكن على وجه لا يضيع فان اصاب
حلال صيدا ثم احرم فارسله من يده غيره يضمن عند ابي حنيفة وقالا لا يضمن
لان المرسل آمر بالمعروف ناه عن المنكر وما على المحسنين من سبيل وله انه
ملك الصيد بالاخذ ملكا محترما فلا يبطل احترامه باحرامه وقد اتلفه

الضبع صيد وفيه الشاة ولان اعتبار قيمته لمكان الانتفاع بجلده لا لانه م
محارب موذ ومن هذا الوجه لا يزداد على قيمة الشاة ظاهرا فاذا صال السبع
على المحرم فقتله لا شيء عليه وقال زفر يجب اعتبارا بالجمل الصائل ولنا ما روي
عن عمر رضي الله عنه انه قتل سبعا واهدى كبشا وقال انا ابتدأناه ولان المحرم
ممنوع عن التعرض لا عن دفع الاذى ولهذا كان ماذونا في دفع المتوهم من
الاذى كما في الفواسق فلان يكون ماذونا في دفع المتحقق اولى ومع و
جود الاذن من الشارع لا يجب الجزاء حقا له بخلاف الجمل الصائل لانه لا اذن
من صاحب الحق وهو العبد وان اضطر المحرم الى قتل صيد فقتله فعليه
الجزاء لان الاذن مقيد بالكفارة بالنص على ما تلوناه قال ولا باس للمحرم
ان يذبح الشاة والبقرة والبعير والدجاجة والبط الاهلي لان هذه الاشياء
ليست بصيود لعدم التوحش والمراد بالبط الذي يكون في المساكن والحياض
لانه الوف باصل الخلقة ولو ذبح حماما مسرولا فعليه الجزاء خلافا لمالك
رحمه الله له انه الوف مستانس ولا يمتنع بجناحيه لبطوء نهوضه ونحن نقول
الحمام متوحش باصل الخلقة ممتنع بطيرانه وان كان بطيء النهوض والا
ستيناس عارض فلم يعتبر وكذا اذا قتل ظبيا مستانسا لانه صيد في الاصل
فلا يبطله الاستيناس كالبعير اذا ند لا ياخذ حكم الصيد في الحرمة على المحرم
صيدا فذبيحته ميتة لا يحل اكلها وقال الشافعي يحل ما ذبحه المحرم لغيره لانه
عامل له فانتقل فعله اليه ولنا ان الذكاة فعل مشروع وهذا فعل حرام
فلا يكون ذكاة كذبيحة المجوسي وهذا لان المشروع هو الذي قام مقام
المميز بين الدم واللحم تيسيرا فينعدم بانعدامه فان اكل المحرم الذابح من ذلك
شيئا فعليه قيمته ما اكل عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا ليس عليه
جزاء ما اكل وان اكل منه محرم آخر فلا شيء عليه في قولهم جميعا لهما ان هذه
ميتة فلا يلزمه باكلها الا الاستغفار وصار كما اذا اكله محرم غيره ولابي
حنيفة رضي الله عنه ان حرمته باعتبار كونه ميتة كما ذكرنا وباعتبار انه
محظور احرامه لان احرامه هو الذي اخرج الصيد عن المحلية والذابح عن
الاهلية في حق الذكاة فصارت حرمة التناول بهذه الوسائط مضافا الى
احرامه بخلاف محرم آخر لان تناوله ليس من محظورات احرامه ولا باس
بان ياكل المحرم لحم صيد اصطاده حلال وذبحه اذا لم يدل المحرم عليه
ولا امره بصيده خلافا لمالك رحمه الله فيما اذا اصطاده لاجل المحرم له

قوله

قوله عليه السلام لا باس باكل المحرم لحم صيد ما لم يصده او يصد له و
لنا ما روي ان الصحابة رضي الله عنهم تذاكروا لحم الصيد في حق المحرم فقال
عليه السلام لا باس به واللام فيما روي لام التمليك فيحمل على ان يهدى
اليه الصيد دون اللحم او معناه ان يصاد بامره ثم شرط عدم الدلالة وهذا
تنصيص على ان الدلالة محرم قالوا فيه روايتان ووجه الحرمة حديث
ابي قتادة وقد ذكرناه وفي صيد الحرم اذا ذبحه الحلال قيمته يتصدق بها
على الفقراء لان الصيد استحق الامن بسبب الحرم قال عليه السلام في
حديث فيه طول ولا ينفر صيدها ولا يجزيه الصوم لانها غرامة وليست بكفارة فاشبهت
ضمان الاموال وهذا لانه يجب بتفويت وصف في المحل وهو الامن و
الواجب على المحرم بطريق الكفارة جزاء على فعله لان الحرمة باعتبار معنى فيه
وهو احرامه والصوم يصلح جزاء الافعال لا ضمان المحال وقال زفر رحمه الله
يجزيه الصوم اعتبارا بما وجب على المحرم والفرق قد ذكرناه وهل يجزيه الهدي
فيه روايتان ومن دخل الحرم بصيد فعليه ان يرسله فيه اذا كان في يده
خلافا للشافعي فانه يقول حق الشرع لا يظهر في مملوك العبد لحاجة العبد
ولنا انه لما حصل في الحرم وجب ترك التعرض لحرمة الحرم اذ صار من صيد
الحرم فاستحق الامن لما روينا فان باعه رد البيع فيه ان كان قائما لان البيع
فيه لم يجز لما فيه من التعرض للصيد وذلك حرام وان كان فائتا فعليه
الجزاء لانه تعرض للصيد بتفويت الامن الذي استحقه وكذلك بيع
المحرم الصيد من محرم او حلال لما قلنا ومن احرم وفي بيته او في قفص معه
صيد فليس عليه ان يرسله وقال الشافعي رحمه الله عليه ان يرسله لانه
متعرض للصيد بامساكه في ملكه فصار كما اذا كان في يده ولنا ان الصحابة
رضي الله عنهم كانوا يحرمون وفي بيوتهم صيود ودواجن ولم ينقل عنهم
ارسالها وبذلك جرت العادة الفاشية وهي من احدى الحجج ولان الواجب
ترك التعرض وهو ليس بمتعرض من جهته لانه محفوظ بالبيت والقفص
لا به غير انه في ملكه ولو ارسله في مفازة فهو على ملكه فلا معتبر ببقاء الملك
وقيل اذا كان القفص في يده لزمه ارساله لكن على وجه لا يضيع فان اصاب
حلال صيدا ثم احرم فارسله من يده غيره يضمن عند ابي حنيفة وقالا لا يضمن
لان المرسل آمر بالمعروف ناه عن المنكر وما على المحسنين من سبيل وله انه
ملك الصيد بالاخذ ملكا محترما فلا يبطل احترامه باحرامه وقد اتلفه

المرسل فيضمنه بخلاف ما اذا اخذه في حالة الاحرام لانه لم يملكه والواجب
عليه ترك التعرض ويمكنه ذلك بان يخليه في بيته فاذا قطع يده عنه كان متعديا
ونظيره الاختلاف في كسر المعازف فان اصاب محرم صيدا فارسله من يد
غيره لا ضمان عليه بالاتفاق لانه لم يملكه بالاخذ فان الصيد لم يبق محلا
للتملك في حق المحرم لقوله تعالى وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما فصار
كما اذا اشترى الخمر فان قتله محرم آخر في يده فعلى كل واحد منهما جزاؤه
لان الآخذ متعرض للصيد الآمن والقاتل مقرر لذلك والتقرير كالابتداء
في حق التضمين كشهود الطلاق قبل الدخول اذا رجعوا ويرجع الآخذ
على القاتل وقال زفر رحمه الله لا يرجع لان الآخذ مؤاخذ بصنعه
فلا يرجع على غيره ولنا ان الآخذ انما يصير سببا للضمان عند اتصال
الهلاك به فهو بالقتل جعل فعل الآخذ علة فيكون في معنى مباشرة
علة العلة فيحال بالضمان عليه وان قطع حشيش الحرم او شجرة ليس
بمملوك وهو مما لا ينبته الناس فعليه قيمته الا فيما جف منه لان حرمتهما
ثبتت بسبب الحرم قال عليه السلام لا يختلى خلاها ولا يعضد
شوكها ولا يكون للصوم في هذه القيمة مدخل لان حرمة تناولها بسبب
الحرم لا بسبب الاحرام فكان من ضمان المحال على ما بينا ويتصدق بقيمته
على الفقراء واذا اداها ملكه كما في حقوق العباد ويكره بيعه بعد القطع
لانه ملكه بسبب محظور شرعا فلو اطلق له في بيعه لتطرق الناس الى مثله
الا انه يجوز البيع مع الكراهة بخلاف الصيد والفرق ما نذكره ان شاء الله
والذي ينبته الناس عادة عرفناه غير مستحق للامن بالاجماع ولان المحرم
المنسوب الى الحرم والنسبة اليه على الكمال عند عدم النسبة الى غيره بالانبات
وما لا ينبت عادة اذا انبته انسان التحق بما ينبت عادة ولو نبت بنفسه
في ملك رجل فعلى قاطعه قيمتان قيمة لحرمة الحرم حقا للشرع وقيمة اخرى ضمانا
لمالكه كالصيد المملوك في الحرم وما جف من شجر الحرم لا ضمان فيه لانه ليس
بنام ولا يرعى حشيش الحرم ولا يقطع الا الاذخر وقال ابو يوسف رحمه الله
لا باس بالرعي لان فيه ضرورة فان منع الدواب عنه متعذر ولنا ما رويناه
والقطع بالمشافر كالقطع بالمناجل وحمل الحشيش من الحل ممكن فلا ضرورة
بخلاف الاذخر لانه استثناه رسول الله صلى الله عليه وسلم فيجوز قطعه
ورعيه وبخلاف الكمأة لانها ليست من جملة النبات وكل شيء فعله القارن

ماذكر

مما ذكرنا ان فيه على المفرد دما فعليه دمان دم لحجته ودم لعمرته وقال الشافعي
دم واحد بناء على انه محرم باحرام واحد عنده وعندنا باحرامين وقد مر من قبل
قال الا ان يتجاوز الميقات غير محرم بالعمرة او الحج فيلزمه دم واحد خلافا
لزفر لان المستحق عليه احرام واحد عند الميقات وبتأخيره واجب واحد لا يجب
الا جزاء واحد واذا اشترك محرمان في قتل صيد فعلى كل واحد منهما جزاء كامل لان
كل واحد منهما بالشركة يصير جانيا جناية تفوق الدلالة فيتعدد الجزاء بتعدد
الجناية واذا اشترك حلالان في قتل صيد الحرم فعليهما جزاء واحد لان الضمان
بدل عن المحل لا جزاء على الجناية فيتحد باتحاد المحل كرجلين قتلا رجلا خطأ
يجب عليهما دية واحدة وعلى كل واحد منهما كفارة واذا باع المحرم الصيد
او ابتاعه فالبيع باطل لان بيعه حيا تعرض للصيد الآمن وبيعه بعدما قتله
بيع ميتة ومن اخرج ظبية من الحرم فولدت اولادا فماتت هي واولادها فعليه
جزاؤهن لان الصيد بعد الاخراج من الحرم بقي مستحقا للامن شرعا ولهذا
وجب رده الى مأمنه وهذه صفة شرعية فتسري الى الولد فان ادى جزاءها
ثم ولدت ليس عليه جزاء الولد لان بعد اداء الجزاء لم تبق آمنة لان وصول
الخلف كوصول الاصل **باب مجاوزة الوقت بغير احرام** واذا اتى الكوفي
بستان بني عامر واحرم بعمرة فان رجع الى ذات عرق ولبى بطل عنه دم الوقت
وان رجع اليه ولم يلب حتى دخل مكة وطاف لعمرته فعليه دم وهذا عند
ابي حنيفة وقالا ان رجع اليه محرما فليس عليه شيء لبى او لم يلب وقال زفر
رحمه الله لا يسقط لبى او لم يلب لان جنايته لم ترتفع بالعود وصار كما
اذا افاض من عرفات ثم عاد اليه بعد الغروب ولنا انه تدارك المتروك
في اوانه وذلك قبل الشروع في الافعال فيسقط الدم بخلاف الافاضة
لانه لم يتدارك المتروك على ما مر غير ان التدارك عندهما بعوده محرما لانه
اظهر حق الميقات كما اذا مر به محرما ساكتا وعنده رحمه الله بعوده محرما ملبيا
لان العزيمة في الاحرام من دويرة اهله فاذا ترخص بالتأخير الى الميقات
وجب قضاء حقه بانشاء التلبية والتلافي بعوده محرما ملبيا وعلى هذا
الخلاف اذا احرم بحجة لعدم المجاوزة كان العمرة في جميع ما ذكرنا ولو عاد بعد
ما ابتدأ بالطواف واستلم الحجر لا يسقط عنه الدم بالاتفاق ولو عاد اليه
قبل الاحرام يسقط بالاتفاق وهذا الذي ذكرنا اذا كان يريد الحج او العمرة
فان دخل البستان لحاجة فله ان يدخل مكة بغير احرام ووقته البستان وهو

وصاحب المنزل سواء لان البستان غير واجب التعظيم فلا يلزمه الاحرام بقصده
واذا دخله التحق باهله والبستاني ان يدخل مكة بغير احرام للحاجة فكذلك له
والمراد بقوله ووقته البستان جميع الحل الذي بينه وبين الحرم وقد مر من قبل
وكذا وقتا لداخل الملحق به فان احرما من الحل ووقفا بعرفة لم يكن عليهما شي
يريد به البستاني والداخل فيه لانهما احرما من ميقاتهما ومن دخل مكة بغير
احرام ثم خرج من عامه ذلك الى الوقت فاحرم بحجة عليه اجزاه ذلك من دخول
مكة بغير احرام وقال زفر رحمه الله لا يجوز وهو القياس اعتبارا بما لزمه
بسبب النذر وصار كما اذا تحولت السنة ولنا انه تلافى المتروك في وقته
لان الواجب عليه تعظيم هذه البقعة بالاحرام كما اذا اتاه محرما بحجة الاسلام
في الابتداء بخلاف ما اذا تحولت السنة لانه صار دينا في ذمته فلا يتادى
الا باحرام مقصود كما في الاعتكاف المنذور فانه يتادى بصوم رمضان
من هذه السنة دون العام الثاني ومن جاوز الوقت فاحرم بعمرة فافسدها
مضى فيها وقضاها لان الاحرام يقع لازما فصار كما اذا افسد الحج وليس عليه
دم لترك الوقت وعلى قياس قول زفر رحمه الله لا يسقط عنه وهو نظير
الاختلاف في فائت الحج اذا جاوز الوقت بغير احرام وفيمن جاوز الوقت بغير
احرام واحرم بالحج ثم افسد حجته هو يعتبر المجاوزة هذه بغيرها من المحظورات
ولنا انه يصير قاضيا حق الميقات بالاحرام منه بالقضاء وهو يحكي الفائت
فلا يتقدم به غيره من المحظورات فوضح الفرق واذا خرج المكي يريد الحج فاحرم
ولم يعد الى الحرم ووقف بعرفة فعليه شاة لان وقته الحرم وقد جاوزه
بغير احرام فان عاد الى الحرم ولبى او لم يلب فهو على الاختلاف الذي ذكرناه
في الافاقي والمتمتع اذا فرغ من عمرته ثم خرج من الحرم فاحرم بالحج ووقف بعرفة
فعليه دم لانه لما دخل مكة واتى بافعال العمرة صار بمنزلة المكي واحرام المكي
من الحرم لما ذكرنا فيلزمه الدم بتاخيره عنه فان رجع الى الحرم فاهل فيه
قبل ان يقف بعرفة فلا شي عليه وهو على الخلاف الذي تقدم في الافاقي
والله اعلم

باب اضافة الاحرام الى الاحرام

قال ابو حنيفة رحمه الله
اذا احرم المكي بعمرة وطاف لها شوطا ثم احرم بالحج فانه يرفض الحج وعليه لرفضه
دم وعليه حجة وعمرة وقال ابو يوسف ومحمد رفض العمرة احب الينا وقضاها
وعليه دم لانه لا بد من رفض احدهما لان الجمع بينهما في حق المكي غير مشروع
والعمرة اولى بالرفض لانها ادنى حالا واقل اعمالا وايسر قضاء لكونها غير مؤقتة

وكذا اذا احرم بالعمرة ثم بالحج ولم يات بشي من افعال العمرة لما قلنا فان طاف
للعمرة اربعة اشواط ثم احرم بالحج رفض الحج بلا خلاف لان للاكثر حكم الكل
فيتعذر رفضها كما اذا فرغ منها ولا كذلك اذا طاف للعمرة اقل من ذلك
عندهما وله ان احرام العمرة قد تاكد باداء شي من اعمالها واحرام الحج لم
يتاكد ورفض غير المتاكد ايسر ولان في رفض العمرة والحالة هذه ابطال
العمل وفي رفض الحج امتناع عنه وعليه دم بالرفض ايهما رفضه لانه تحلل
قبل اوانه لتعذر المضي فيه وكان في معنى المحصر الا ان في رفض العمرة
قضاها لا غير وفي رفض الحج قضاؤه وعمرة لانه في معنى فائت الحج وان مضى
عليهما اجزاه لانه ادى افعالهما كما التزمهما غير انه منهي عنهما والنهي لا
يمنع تحقق الفعل على ما عرف من اصلنا وعليه دم لجمعه بينهما لانه تمكن
النقصان في عمله لارتكابه المنهي عنه وهذا في حق المكي دم جبر وفي حق
الافاقي دم شكر ومن احرم بالحج ثم احرم يوم النحر بحجة اخرى فان حلق في
الاولى لزمته الاخرى ولا شي عليه وان لم يحلق في الاولى لزمته الاخرى و
عليه دم قصر او لم يقصر عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ان لم يقصر فلا
شي عليه لان الجمع بين احرامي الحج او احرامي العمرة بدعة فاذا حلق فهو وان كان
نسكا في الاحرام الاول فهو جناية على الثاني لانه في غير اوانه فلزمه الدم
بالاجماع فان لم يحلق حتى حج في العام القابل فهو اخر الحلق عن وقته في الاحرام حرام
الاول وذلك يوجب الدم عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما لا يلزمه
شي على ما ذكرنا فلهذا سوى بين التقصير وعدمه عنده وشرط التقصير
عندهما ومن فرغ من عمرته الا التقصير فاحرم باخرى فعليه دم لاحرامه قبل
الوقت لانه جمع بين احرامي العمرة وهذا مكروه فيلزمه الدم وهو دم جبر
وكفارة ومن اهل بالحج ثم احرم بعمرة لزماه لان الجمع بينهما مشروع في حق
الافاقي والمسالة فيه فيصير بذلك قارنا لكنه اخطا السنة فيصير مسيئا
فلو وقف بعرفات ولم يات بافعال العمرة فهو رافض لعمرته لانه تعذر
عليه اداؤها اذ هي مبنية على الحج غير مشروعة فان توجه اليها لم يكن رافضا
حتى يقف وقد ذكرناه من قبل فان طاف للحج ثم احرم بعمرة فمضى عليهما لزماه
وعليه دم لجمعه بينهما لان الجمع بينهما مشروع على ما مر فصح الاحرام بهما والمراد
بهذا الطواف طواف التحية وانه سنة وليس بركن حتى لا يلزمه بتركه شي وانما
لم يات بما هو ركن يمكنه ان ياتي بافعال العمرة ثم بافعال الحج فلهذا لو مضى عليهما

جاز وعليه دم لجمعه بينهما وهو دم كفارة وجبر هو الصحيح لانه ادى افعال
العمرة على افعال الحجة من وجه ويستحب ان يرفض عمرته لان احرام الحج قد تاكد
بشيء من اعماله بخلاف ما اذا لم يطف للحج واذا رفض عمرته يقضيها لصحة
الشروع فيها وعليه دم لرفضها ومن اهل بعمرة في يوم النحر او في ايام التشريق
لزمته لما قلنا ويرفضها اي يلزمه الرفض لانه قد ادى ركن الحج فيصير الرفض
لانه قد ادى ركن الحج فيصير بانيا افعال العمرة على افعال الحج من كل وجه وقد
كرهت العمرة في هذه الايام ايضا على ما نذكر فلهذا يلزمه رفضها فان
رفضها فعليه دم لرفضها وعمرة مكانها لما بينا وان مضى عليها اجزاه لان
الكراهة لمعنى في غيرها وهو كونه مشغولا في هذه الايام باداء بقية
اعمال الحج فيجب تخليص الوقت له تعظيما وعليه دم لجمعه بينهما اما في
الاحرام او في الاعمال الباقية قالوا وهذا دم كفارة ايضا وقيل اذا حلق
للحج ثم احرم لا يرفضها على ما ذكر في الاصل وقيل يرفضها احترازا عن النهي
قال الفقيه ابو جعفر رحمه الله ومشايخنا على هذا فان فاته الحج ثم
احرم بعمرة او بحجة فانه يرفضها لان فائت الحج يتحلل بافعال العمرة من غير ان
ينقلب احرامه احرام العمرة على ما ياتيك في باب الفوات ان شاء الله تعالى
فيصير جامعا بين الحجتين احراما فعليه ان يرفضها كما لو احرم بحجتين وعليه
قضاؤها لصحة الشروع فيها ودم لرفضها بالتحلل قبل اوانه والله اعلم

باب الاحصار

قال رحمه الله واذا احصر المحرم بعدو
او اصابه مرض فمنعه من المضي جاز له التحلل وقال الشافعي رحمه
الله لا يكون الاحصار الا بالعدو لان التحلل بالهدي شرع في حق المحصر
لتحصيل النجاة وبالاحلال ينجو من العدو لا من المرض ولنا ان اية الاحصار
وردت في الاحصار بالمرض باجماع اهل اللغة فانهم قالوا الاحصار بالمرض
والحصر بالعدو والتحلل قبل اوانه لدفع الحرج الاتي من قبل امتداد
الاحرام والحرج في الاصطبار عليه مع المرض اعظم فاذا جاز له التحلل يقال
له ابعث شاة تذبح في الحرم وواعد من تبعثه بيوم بعينه يذبح فيه ثم تحلل
وانما يبعث الى الحرم لان دم الاحصار قربة والاراقة لم تعرف قربة الا في
مكان او زمان على ما مر ولا يقع قربة دونه فلا يقع به التحلل واليه الاشارة
بقوله تعالى ولا تحلقوا رؤوسكم حتى يبلغ الهدي محله فان الهدي
اسم لما يهدى الى الحرم وقال الشافعي رحمه الله لا يتوقت به لانه شرع

رخصة والتوقيت يبطل التخفيف قلنا المراعى اصل التخفيف لا نهايته ويجوز
الشاة لان المنصوص عليه الهدي والشاة ادناه وتجزيه البقرة والبدنة كما في
الضحايا وليس المراد بما ذكرنا بعث الشاة بعينها لان ذلك قد يتعذر بل له
ان يبعث بالقيمة حتى يشترى الشاة هناك ويذبح عنه وقوله ثم تحلل
اشارة الى انه ليس عليه الحلق او التقصير وهو قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما
الله وقال ابو يوسف عليه ذلك ولو لم يفعل لا شيء عليه لان النبي عليه السلام
حلق عام الحديبية وكان محصرا بها وامر اصحابه بذلك ولهما ان الحلق انما
عرف قربة مرتبا على افعال الحج فلا يكون نسكا قبلها وفعل النبي عليه السلام
واصحابه رضي الله عنهم ليعرف استحكام عزيمتهم على الانصراف قال
وان كان قارنا بعث بدمين لاحتياجه الى التحلل عن احرامين فان بعث
بهدي واحد ليتحلل عن الحج ويبقى في احرام العمرة لم يتحلل عن واحد منهما
لان التحلل منهما شرع في حالة واحدة ولا يجوز ذبح دم الاحصار الا في الحرم
ويجوز ذبحه قبل يوم النحر عند ابي حنيفة وقالا لا يجوز الذبح للمحصر بالحج الا
في يوم النحر ويجوز للمحصر بالعمرة متى شاء اعتبارا بهدي المتعة والقران وربما
يعتبرانه بالحلق اذ كل واحد منهما محلل ولابي حنيفة انه دم كفارة حتى لا يجوز
الاكل منه فيختص بالمكان دون الزمان كسائر دماء الكفارات بخلاف دم
المتعة والقران لانه دم نسك وبخلاف الحلق لانه في اوانه لان معظم افعال
الحج وهو الوقوف ينتهي به قال والمحصر بالحج اذا تحلل فعليه حجة وعمرة
هكذا روي عن ابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم ولان الحجة تجب قضاء لصحة
الشروع والعمرة لما انه في معنى فائت الحج وعلى المحصر بالعمرة القضاء والاحصار
عنها يتحقق عندنا وقال مالك رحمه الله لا يتحقق لانها لا تتوقت ولنا ان
النبي عليه السلام واصحابه رضي الله عنهم احصروا بالحديبية وكانوا عمارا ولان
شرع التحلل لدفع الحرج وهذا موجود في احرام العمرة فاذا تحقق الاحصار فعليه
القضاء اذا تحلل كما في الحج وعلى القارن حجة وعمرتان اما الحج واحديهما فلما بينا
والثانية لانه خرج منها بعد صحة الشروع فان بعث القارن هديا وواعدهم
ان يذبحوه في يوم بعينه ثم زال الاحصار فان كان لا يدرك الهدي والحج لا
يلزمه ان يتوجه بل يصبر حتى يتحلل بنحر الهدي لفوات المقصود من التوجه وهو
اداء الافعال وان توجه ليتحلل بافعال العمرة له ذلك لانه فائت الحج وان كان
يدرك الحج والهدي لزمه التوجه لزوال العجز قبل حصول المقصود بالخلف

فاذا ادرك هديه صنع به ما شا لانه ملكه وقد كان عينه لمقصود استغنى
عنه وان كان يدرك الهدي دون الحج يتحلل للعجز عن الاصل وان كان يدرك
الهدي جاز له التحلل استحسانا وهذا التقسيم لا يستقيم على قولهما في المحصر
بالحج لان دم الاحصار عندهما يتوقت بيوم النحر فمن يدرك الحج يدرك الهدي
وانما يستقيم على قول ابي حنيفة وفي المحصر بالعمرة يستقيم بالاتفاق لعدم
توقت الدم بيوم النحر وجه القياس وهو قول زفر انه قدر على الاصل وهو
الحج قبل حصول المقصود بالبدل وهو الهدي وجه الاستحسان انا لو
الزمناه التوجه لضاع ماله لان المبعوث على يده الهدي يذبحه ولا يحصل
مقصوده وحرمة المال كحرمة النفس وله الخيار ان شا صبر في ذلك المكان او في غيره
ليذبح عنه فيتحلل وان شا يتوجه ليودي النسك الذي التزمه بالاحرام وهو
افضل لانه اقرب الى الوفا بما وعد ومن وقف بعرفة ثم احصر لا يكون محصرا
لوقوع الامن عن الفوات ومن احصر بمكة وهو ممنوع عن الطواف والوقوف
فهو محصر لانه تعذر عليه الاتمام فصار كما اذا احصر في الحل فان قدر
على احدهما فليس بمحصر اما على الطواف فلان فائت الحج يتحلل به والدم بدل
عنه في التحلل واما على الوقوف فلما بينا وقد قيل في هذه المسئلة خلاف ابي
حنيفة وابي يوسف والصحيح ما اعلمتك من التفصيل والله اعلم واحكم

باب الفوات ومن احرم بالحج وفاته الوقوف بعرفة حتى
طلع الفجر من يوم النحر فقد فاته الحج لما ذكرنا ان وقت الوقوف يمتد اليه
وعليه ان يطوف ويسعى ويتحلل ويقضي الحج من قابل ولا دم عليه لقوله عليه
السلام من فاته عرفة بليل فقد فاته الحج فليحل بعمرة وعليه الحج من قابل والعمرة
ليست الا الطواف والسعي ولان الاحرام بعدما انعقد صحيحا لا طريق
للخروج عنه الا باداء احد النسكين كما في الاحرام المبهم وههنا عجز عن الحج
فيتعين عليه العمرة ولا دم عليه لان التحلل وقع بافعال العمرة وكانت في حق
فائت الحج بمنزلة الدم في حق المحصر فلا يجمع بينهما والعمرة لا تفوت وهي جائزة
في جميع السنة الا في خمسة ايام يكره فعلها فيها وهي يوم عرفة ويوم النحر و
ايام التشريق لما روي عن عايشة رضي الله عنها انها كانت تكره العمرة في هذه الايام
الخمسة ولان هذه ايام الحج وكانت متعينة له وعن ابي يوسف انه لا يكره في يوم
عرفة قبل الزوال لان دخول الوقت ركن الحج بعد الزوال لا قبله والاظهر من
المذهب ما ذكرناه ولكن مع هذا لو اداها في هذه الايام صح ويبقى محرما بها

فيها

ع

فيها لان الكراهة لغيرها وهو تعظيم امر الحج وتخليص وقته له فيصح الشروع
والعمرة سنة وقال الشافعي رحمه الله فريضة لقوله عليه السلام العمرة
فريضة كفريضة الحج ولنا قوله عليه السلام الحج فريضة والعمرة تطوع ولانها
غير موقتة بوقت وتتادى بنية غيرها كما في فائت الحج وهذه امارة النفلية
وتاويل ما رواه انها مقدرة باعمال كالحج اذ لا تثبت الفريضة مع التعارض
في الاثار قال وهي الطواف والسعي وقد ذكرناه في باب التمتع

باب الحج عن الغير قال رحمه الله الاصل في هذا الباب
ان الانسان له ان يجعل ثواب عمله لغيره صلوة او صوما او صدقة
او غيرها عند اهل السنة والجماعة لما روي عن النبي عليه السلام انه ضحى
بكبشين املحين احدهما عن نفسه والاخر عن امته ممن اقر بوحدانية الله
تعالى وشهد له بالبلاغ جعل تضحية احد الشاتين لامته والعبادات
انواع مالية محضة كالزكوة وبدنية محضة كالصلوة ومركبة عنهما كالحج
والنيابة تجري في النوع الاول في حالتي الاختيار والضرورة لحصول المقصود
بفعل النايب ولا تجري في النوع الثاني بحال لان المقصود وهو اتعاب
النفس لا يحصل به ويجري في النوع الثالث عند العجز للمعنى الثاني وهو
المشقة بتنقيص المال ولا يجري عند القدرة لعدم اتعاب النفس
والشرط العجز الدائم الى وقت الموت لان الحج فرض العمر وفي حج النفل
يجوز الانابة حالة القدرة لان باب النفل اوسع ثم ظاهر المذهب
ان الحج يقع عن المحجوج عنه وبذلك تشهد الاخبار الواردة في الباب كحديث
الخثعمية فانه عليه السلام قال فيه حجي عن ابيك واعتمري وعن محمد رحمه الله
ان الحج يقع عن الحاج وللامر ثواب النفقة لانه عبادة بدنية وعند العجز
اقيم الانفاق مقامه كالفدية في باب الصوم قال ومن امره
رجلان ان يحج عن كل واحد منهما حجة فاهل بحجة عنهما فهي عن الحاج ويضمن
النفقة لان الحج يقع عن الامر حتى لا يخرج الحاج عن حجة الاسلام وكل واحد
منهما امره بان يخلص الحج له من غير اشتراك ولا يمكن ايقاعه عن احدهما
لعدم الاولوية فيقع عن المامور ولا يمكنه ان يجعل عن احدهما لانه متبرع بجعل
ثواب عمله لاحدهما او لهما فيبقى على خياره بعد وقوعه سببا لثوابه
وهنا يفعل بحكم الامر وقد خالف امرهما فيقع عنه ويضمن النفقة ان انفق
من مالهما لانه صرف نفقة الامر الى حج نفسه وان ابهم الاحرام بان نوى عن احدهما

غرمين فان مضى على ذلك صار مخالفا لعدم الاولوية وان عين احدهما
قبل المضي وكذلك عند ابي يوسف وهو القياس لانه مامور بالتعيين
والابهام يخالفه فيقع عن نفسه بخلاف ما اذا لم يعين حجة او عمرة حيث
كان له يعين ما شاء لان الملتزم هناك مجهول وههنا المجهول من له الحق
وجه الاستحسان ان الاحرام شرع وسيلة الى الافعال لا مقصودا بنفسه
والمبهم يصلح وسيلة بواسطة التعيين واكتفي به شرطا بخلاف ما اذا
ادى الافعال على الابهام لان المودى لا يحتمل التعيين فصار مخالفا قال
فان امره غيره ان يقرن عنه فالدم على من احرم لانه وجب شكرا لما وفقه
الله تعالى من الجمع بين النسكين والمامور هو المختص بهذه النعمة لان حقيقة
الفعل منه وهذه المسئلة تشهد لصحة المروي عن محمد ان الحج يقع عن
المامور وكذلك ان امره واحد بان يحج عنه والاخر بان يعتمر واذنا له بالقران
فالدم عليه لما قلنا ودم الاحصار على الامر وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
وقال ابو يوسف على الحاج لانه وجب للتحلل دفعا لضرر امتداد
الاحرام وهذا الضرر راجع اليه فيكون الدم عليه ولهما ان الامر هو الذي
ادخله في هذه العهدة فعليه خلاصه فان كان يحج عن ميت فاحصر فالدم
في مال الميت عندهما خلافا لابي يوسف ثم قيل هو من ثلث مال الميت
لانه صلة كالزكوة وغيرها وقيل من جميع المال لانه وجب حقا للمامور فصار
دينا ودم الجماع على الحاج لانه دم جناية وهو الجاني عن اختيار ويضمن النفقة
معناه اذا جامع قبل الوقوف حتى فسد حجه لان الصحيح هو المامور به بخلاف
ما اذا فاته الحج حيث لا يضمن النفقة لانه ما فاته باختياره اما اذا جامع
بعد الوقوف لا يفسد حجه ولا يضمن النفقة لحصول المقصود للامر وعليه
الدم في ماله لما بينا وكذلك ساير دماء الكفارات على الحاج لما قلنا ومن
اوصى بان يحج عنه فاحجوا عنه رجلا فلما بلغ الكوفة مات او سرقت نفقته
وقد انفق النصف يحج عن الميت من منزله بثلث ما بقي وهذا عند ابي حنيفة
وقالا يحج عنه من حيث مات الاول فالكلام ههنا في اعتبار الثلث
وفي مكان الحج اما الاول فالمذكور قول ابي حنيفة اما عند محمد يحج عنه بما
بقي من المال المدفوع اليه ان بقي شيء والا بطلت الوصية اعتبارا بتعيين
الموصي اذ تعيين الوصي كتعيينه وعند ابي يوسف يحج عنه بما بقي من الثلث
الاول لانه هو المحل لنفاذ الوصية ولابي حنيفة ان قسمة الوصي وعزله

المال لا يصح الا بالتسليم الى الوجه الذي سماه الموصي لانه لا خصم ليقبض
ولم يوجد التسليم الى ذلك الوجه فصار كما اذا هلك قبل الافراز والعزل
فيحج بثلث ما بقي واما الثاني فوجه قول ابي حنيفة وهو القياس ان القدر
الموجود من السفر قد بطل في حق احكام الدنيا قال عليه السلام اذا مات
ابن آدم انقطع عمله الا الثلاث الحديث وتنفيذ الوصية من احكام
الدنيا فبقيت الوصية من وطنه كان لم يوجد الخروج وجه قولهما وهو
الاستحسان ان سفره لم يبطل لقوله تعالى ومن يخرج من بيته مهاجرا
الى الله ورسوله الاية وقال عليه السلام من مات في طريق
الحج كتب له حجة مبرورة في كل سنة واذا لم يبطل اعتبرت الوصية
من ذلك المكان واصل الاختلاف في الذي يحج بنفسه ويبتنى على ذلك
المامور بالحج قال ومن اهل بحجة عن ابويه يجزيه ان يجعله عن احدهما
لان من حج عن غيره بغير اذنه فانما يجعل ثواب حجه له وذلك بعد اداء
الحج فلغت نيته قبل ادائه وصح جعله ثوابه لاحدهما بعد الاداء
بخلاف المامور على ما فرقنا من قبل والله اعلم باب

الهدي الهدي ادناه شاة لما روي انه عليه السلام سئل عن الهدي
فقال ادناه شاة قال وهو من ثلاثة انواع من الابل والبقر والغنم
لانه عليه السلام لما جعل الشاة ادنى لا بد ان يكون له اعلى وهو البقر
والجزور ولان الهدي ما يهدى الى الحرم ليتقرب به فيه والاصناف
الثلاثة سواء في هذا المعنى ولا يجوز في الهدايا الا ما جاز في الضحايا
لانه قربة تعلقت باراقة الدم كالاضحية فيتخصصان بمحل واحد والشاة
جايزة في كل شيء الا في موضعين من طاف طواف الزيارة جنبا ومن جامع
بعد الوقوف فانه لا يجوز فيهما الا البدنة وقد بينا المعنى فيما سبق
ويجوز الاكل من هدي التطوع والمتعة والقران لانه دم نسك فيجوز
الاكل منها بمنزلة الاضحية وقد صح ان النبي عليه السلام اكل من لحم هديه
وحسا من المرقة ويستحب له ان ياكل منها لما روينا وكذا يستحب ان يتصدق
على الوجه الذي عرف في الضحايا ولا يجوز الاكل من بقية الهدايا لانها
دماء كفارات وقد صح ان النبي عليه السلام لما احصر بالحديبية وبعث
الهدايا على يدي ناجية الاسلمي فقال له لا تاكل انت ورفقتك منها شيئا
ولا يجوز ذبح هدي التطوع والمتعة والقران الا في يوم النحر قال

رضي الله عنه وفي الأصل يجوز ذبح هدي التطوع قبل يوم النحر وذبحه يوم النحر
أفضل وهذا هو الصحيح لأن القربة في التطوعات باعتبار أنها هدايا
وذلك يتحقق بتبليغها إلى الحرم فإذا وجد ذلك جاز ذبحها في غير يوم النحر وفي
أيام النحر أفضل لأن معنى القربة في إراقة الدم فيها أظهر أما دم المتعة والقران
فلقوله تعالى فكلوا منها وأطعموا البائس الفقير ثم ليقضوا تفثهم وقضاء
التفث يختص بيوم النحر كالأضحية ويجوز ذبح بقية الهدايا في أي وقت شاء
وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز إلا في يوم النحر اعتبارا بدم المتعة
والقران فإن كل واحد دم جبر عنده ولنا أن هذه دماء كفارة فلا يختص
بيوم النحر لأنها وجبت لجبر النقصان كان التعجيل بها أولى لارتفاع النقصان
به من غير تأخير بخلاف دم المتعة والقران لأنه دم نسك قال ولا يجوز
ذبح الهدايا إلا في الحرم لقوله تعالى في جزاء الصيد هديا بالغ الكعبة فصار
أصلا في كل دم هو كفارة ولأن الهدي اسم لما يهدى إلى مكان ومكانه الحرم
قال عليه السلام منى كلها منحر وفجاج مكة كلها منحر ويجوز أن يتصدق
بها على مساكين الحرم وغيرهم خلافا للشافعي لأن الصدقة قربة معقولة
والصدقة على كل فقير قربة قال ولا يجب التعريف بالهدايا لأن
الهدي ينبئ عن النقل إلى مكان ليتقرب بإراقة دمه فيه لا عن التعريف
فلا يجب وإن عرف بهدي المتعة فحسن لأنه يتوقت بيوم النحر فعسى لا يجد
من يمسكه فيحتاج إلى أن يعرف به ولأنه دم نسك فيكون مبناه على التشهير
بخلاف دماء الكفارات لأنه يجوز ذبحها قبل يوم النحر على ما ذكرنا وسببه
الجناية فيليق به الستر قال والأفضل في البدن النحر وفي البقر والغنم
الذبح لقوله تعالى فصل لربك وانحر قيل في تأويله الجزور وقال تعالى إن
تذبحوا بقرة وقال تعالى وفديناه بذبح عظيم والذبح ما أعد للذبح وقد
صح أن النبي صلى الله عليه وسلم نحر الإبل وذبح البقر والغنم ثم إن شاء
نحر الإبل في الهدايا قياما أو أضجعها وأي ذلك فعل فهو حسن والأفضل
أن ينحرها قياما لما روي أن النبي عليه السلام نحر الهدايا قياما وأصحابه
رضي الله عنهم كانوا ينحرونها قياما معقولة اليد اليسرى ولا تذبح البقر
والغنم قياما لأن في حالة الاضطجاع المذبح أبين فيكون الذبح أيسر والذبح
هو السنة فيها قال والأولى أن يتولى ذبحها بنفسه إذا كان يحسن ذلك
لما روي أن النبي عليه السلام ساق مائة بدنة في حجة الوداع فنحر نيفا وستين

بنفسه وولى الباقي عليا رضي الله عنه ولأنه قربة والتولي في القربات أولى
لما فيه من زيادة الخشوع إلا أن الإنسان قد لا يهتدي لذلك ولا يحسنه
فجوزنا توليته غيره قال ويتصدق بجلالها وخطامها
ولا يعطي أجر الجزار منها لقوله عليه السلام لعلي رضي الله عنه تصدق
بجلالها وخطمها ولا تعط أجر الجزار منها ومن ساق بدنة فاضطر إلى
ركوبها ركبها وإن استغنى عن ذلك لم يركبها لأنه جعلها خالصا لله تعالى
فما ينبغي أن يصرف شيئا من عينها أو منافعها إلى نفسه إلى أن
يبلغ محله إلا أن يحتاج إلى ركوبه لما روي أن النبي عليه السلام رأى
رجلا يسوق بدنة فقال اركبها ويلك وتأويله أنه كان عاجزا محتاجا
ولو ركبها فانتقص بركوبه فعليه ضمان ما نقص من ذلك وإن كان لها
لبن لم يحلبها لأن اللبن متولد منها فلا يصرفه إلى حاجة نفسه وينضح
ضرعها بالماء البارد حتى ينقطع اللبن ولكن هذا إذا كان قريبا من وقت
الذبح فإن كان بعيدا منه يحلبها ويتصدق بلبنها كيلا يضر ذلك
بها وإن صرفه إلى حاجة نفسه تصدق بمثله أو بقيمته لأنه مضمون
عليه ومن ساق هديا فعطب فإن كان تطوعا فليس عليه غيره لأن
القربة تعلقت بهذا المحل وقد فات وإن كان عن واجب فعليه
أن يقيم غيره مقامه لأن الواجب باق في ذمته وإن أصابه عيب
كثير يقيم غيره مقامه لأن المعيب في مثله لا يتأدى به الواجب فلا
بد من غيره وصنع بالمعيب ما شاء لأنه التحق بسائر أملاكه وإذا عطبت
البدنة في الطريق فإن كان تطوعا نحرها وصبغ نعلها بدمها وضرب
بها صفحة سنامها ولم يأكل هو ولا غيره من الأغنياء بذلك أمر رسول الله
عليه السلام ناجية الأسلمي رضي الله عنه والمراد بالنعل قلادتها وفائدة
ذلك أن يعلم الناس أنه هدي فيأكل منه الفقراء دون الأغنياء ولأن الإذن
بتناوله معلق بشرط بلوغه محله فينبغي أن لا يحل قبل ذلك أصلا إلا أن
التصدق على الفقراء أفضل من أن يتركه جزرا للسباع وفيه نوع
تقرب والتقرب هو المقصود فإن كانت واجبة أقام غيرها مقامها
وصنع بها ما شاء لأنه لم يبق صالحا لما عينه وهو ملكه كسائر أملاكه
ويقلد هدي التطوع والمتعة والقران لأنه دم نسك وفي التقليد
إظهاره وتشهيره فيليق به ولا يقلد دم الإحصار ولا دم الجنايات

لان سببها الجناية والستر اليق بها ودم الاحصار جابر فيلحق بجنسها ثم ذكر
الهدي ومراده البدنة لانه لا يقلدها الشاة عادة ولا يسن تقليده عندنا
لعدم فائدة التقليد على ما تقدم والله اعلم **مسائل منثورة** **قال**
رحمه الله اهل عرفة اذا وقفوا في يوم وشهد قوم انهم وقفوا يوم النحر
اجزاهم والقياس ان لا يجزيهم اعتبارا بما اذا وقفوا يوم التروية وهذا
لانها عبادة تختص بزمان ومكان فلا يقع عبادة دونهما وجه الاستحسان
ان هذه شهادة قامت على النفي وعلى امر لا يدخل تحت الحكم لان المقصود
نفي حجتهم والحج لا يدخل تحت الحكم فلا يقبل ولان فيه بلوى عاما لتعذر
الاحتراز عنه والتدارك غير ممكن وفي الامر بالاعادة حرج بين فوجب ان
يكتفى به عند الاشتباه بخلاف ما اذا وقفوا يوم التروية لان التدارك
ممكن في الجملة بان يزول الاشتباه في يوم عرفة ولان جواز المؤخر له نظير
ولا كذلك جواز المقدم قالوا ينبغي للحاكم ان لا يسمع هذه الشهادة
ويقول قد تم حج الناس انصرفوا لانه ليس فيها الا ايقاع الفتنة وكذا اذا
شهدوا عشية عرفة برؤية الهلال ولا يمكنه الوقوف في بقية الليل مع
الناس او اكثرهم لم يعمل بتلك الشهادة **قال** ومن رمى في اليوم الثاني
الجمرة الوسطى والثالثة ولم يرم الاولى فان رمى الاولى ثم الباقيتين فحسن
لانه راعى الترتيب المسنون ولو رمى الاولى وحدها اجزاه لانه تدارك
المتروك في وقته وانما ترك الترتيب وقال الشافعي رحمه الله لا يجزيه ما لم
يعد الكل لانه شرع مرتبا وصار كما اذا سعى قبل الطواف او بدا بالمروة قبل
الصفا ولنا ان كل جمرة قربة مقصودة بنفسها فلا يتعلق الجواز بتقديم
البعض على البعض بخلاف السعي لانه تابع للطواف لانه دونه والمروة عرفت
منتهى السعي بالنص فلا يتعلق به البداية **قال** ومن جعل على نفسه
ان يحج ماشيا فانه لا يركب حتى يطوف طواف الزيارة وفي الاصل خيره بين
الركوب والمشي وهذا اشارة الى الوجوب وهو الاصل لانه التزم القربة
بصفة الكمال فيلزمه بتلك الصفة كما اذا نذر بالصوم متتابعا وافعال
الحج تنتهي بطواف الزيارة فيمشي الى ان يطوف ثم قيل يبتدي المشي من حين
يحرم وقيل من بيته لان الظاهر انه هو المراد ولو ركب اراق دما لانه ادخل
نقصا فيه قالوا انما يركب اذا بعدت المسافة وشق المشي واذا قرب
والرجل ممن يعتاد المشي ولا يشق عليه ينبغي ان لا يركب ومن باع جارية محرمة

قد اذن

قد اذن لها في ذلك فللمشتري ان يحللها ويجامعها وقال زفر رحمه الله ليس له
ذلك لان هذا عقد سبق ملكه فلا يتمكن من فسخه كما اذا اشترى جارية منكوحة
ولنا ان المشتري قائم مقام البائع وقد كان للبائع ان يحللها فكذا للمشتري
الا انه يكره ذلك للبائع لما فيه من خلف الوعد وهذا المعنى لم يوجد
في حق المشتري بخلاف النكاح لانه ما كان للبائع ان يفسخه اذا باشرت
باذنه فكذا لا يكون ذلك للمشتري واذا كان له ان يحللها لا يتمكن من
ردها بالعيب عندنا وعند زفر يتمكن لانه ممنوع عن غشيانها وذكر في بعض
النسخ او يجامعها والاول يدل على ان يحللها بغير الجماع بقص شعر او بتقليم
ظفر ثم يجامع والثاني يدل على انه يحللها بالمجامعة لانها لا تخلو عن تقديم
مس يقع به التحلل والاولى ان يحللها بغير المجامعة تعظيما لامر الحج والله اعلم

كتاب النكاح

قال رضي الله عنه النكاح ينعقد
بالايجاب والقبول بلفظين يعبر بهما عن الماضي لان الصيغة وان كانت للاخبار
وضعا فقد جعلت للانشاء شرعا دفعا للحاجة وينعقد بلفظين يعبر
باحدهما عن الماضي وبالاخرى عن المستقبل مثل ان يقول زوجني فيقول
زوجتك لان هذا توكيل بالنكاح والواحد يتولى طرفي النكاح على ما
نبينه ان شاء الله وينعقد بلفظ النكاح والتزويج والهبة والتمليك
والصدقة وقال الشافعي رحمه الله لا ينعقد الا بلفظ النكاح والتزويج
لان التمليك ليس حقيقة فيه ولا مجازا عنه لان التزويج للتلفيق
والنكاح للضم ولا ضم ولا ازدواج بين المالك والمملوكة اصلا ولنا
ان التمليك سبب لملك المتعة في محلها بواسطة ملك الرقبة وهو
الثابت بالنكاح والسببية طريق المجاز وينعقد بلفظ البيع هو الصحيح
لوجود طريق المجاز ولا ينعقد بلفظة الاجارة في الصحيح لانه
ليس بسبب لملك المتعة ولا بلفظ الاباحة والاحلال والاعارة لما قلنا
ولا بلفظة الوصية لانها توجب الملك مضافا الى ما بعد الموت **قال**
ولا ينعقد نكاح المسلمين الا بحضور شاهدين حرين عاقلين بالغين
مسلمين او رجل وامراتين عدولا كانوا او غير عدول او محدودين في
القذف **قال** رضي الله عنه اعلم ان الشهادة شرط في باب النكاح لقوله
عليه السلام لا نكاح الا بشهود وهو حجة على مالك في اشتراط الاعلان
دون الشهادة ولا بد من اعتبار الحرية فيها لان العبد لا شهادة له لعدم

الولاية ولابد من اعتبار العقل والبلوغ لانه لا ولاية بدونهما ولا بد من اعتبار
الاسلام في انكحة المسلمين لانه لا شهادة للكافر على المسلم ولا يشترط وصف
الذكورة حتى ينعقد بحضور رجل وامرأتين وفيه خلاف الشافعي وسيعرف في
الشهادات ان شاء الله ولا يشترط العدالة حتى ينعقد بحضرة الفاسقين
عندنا خلافا للشافعي له ان الشهادة من باب الكرامة والفاسق من اهل
الاهانة ولنا انه من اهل الولاية فيكون من اهل الشهادة وهذا لانه لما
لم يحرم الولاية على نفسه لاسلامه لا يحرم على غيره لانه من جنسه ولانه صلح
مقلدا فيصلح مقلدا فكذا شاهدا والمحدود في القذف من اهل الولاية
فيكون من اهل الشهادة تحملا وانما الفائت ثمرة الاداء بالنهي لجريمته فلا يبالي
بفواته كما في شهادة العميان وابني العاقدين قال وان تزوج مسلم
ذمية بشهادة ذميين جاز عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد وزفر رحمهما الله
لا يجوز لان السماع في النكاح شهادة ولا شهادة للكافر على المسلم فكانهما
لم يسمعا كلام الزوج المسلم ولهما ان الشهادة شرطت في النكاح على اعتبار
اثبات الملك لوروده على محل ذي خطر لا على اعتبار وجوب المهر اذ لا
شهادة تشترط في لزوم المال وهما شاهدان عليها بخلاف ما اذا لم يسمعا
كلام الزوج لان العقد انما ينعقد بكلاميهما والشهادة شرط على العقد
ومن امر رجلا بان يزوج ابنته الصغيرة فزوجها والاب حاضر بشهادة رجل
واحد سواهما جاز النكاح لان الاب يجعل مباشرا لاتحاد المجلس ويكون
الوكيل سفيرا او معبرا فيبقى المزوج شاهدا وان كان الاب غائبا لم يجز لان المجلس مختلف
فلا يمكن ان يجعل مباشرا وعلى هذا اذا زوج الاب ابنته البالغة بمحضر
شاهد واحد ان كانت حاضرة جاز وان كانت غائبة لا يجوز فصل في
بيان المحرمات قال رحمه الله لا يحل للرجل ان يتزوج بامه ولا
بجداته من قبل الرجال والنساء لقوله تعالى حرمت عليكم امهاتكم و
بناتكم والجدات امهات اذ الام هي الاصل لغة او ثبتت حرمتهن بالاجماع
ولا ببنته لما تلونا ولا ببنت ولده وان سفلت للاجماع ولا باخته
ولا ببنات اخيه ولا ببنات اخته ولا بعمته ولا بخالته لان حرمتهن منصوص
عليها في هذه الآية ويدخل فيها العمات المتفرقات والخالات المتفرقات
وبنات الاخوة المتفرقين لان جهة الاسم عامة قال ولا بام امرأته
التي دخل بابنتها او لم يدخل لقوله تعالى وامهات نسائكم من غير قيد بالدخول

ولا

ولا ببنت امرأته التي دخل بها لثبوت قيد الدخول بالنص وسواء كانت في حجره
او في حجر غيره لان ذكر الحجر خرج مخرج العادة لا مخرج الشرط ولهذا اكتفى
في موضع الاحلال بنفي الدخول قال ولا بامرأة ابيه واجداده لقوله
تعالى ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء ولا بامرأة ابنه وبني اولاده لقوله
تعالى وحلائل ابنائكم الذين من اصلابكم وذكر الاصلاب لاسقاط
اعتبار التبني لا لاحلال حليلة الابن من الرضاعة ولا بامه من الرضاعة ولا
باخته من الرضاعة لقوله تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم ولقوله تعالى
عليه السلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ولا يجمع بين الاختين نكاحا
ولا بملك يمين وطئا لقوله تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم واخواتكم من
الرضاعة ولقوله عليه السلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ولا يجمع
بين الاختين نكاحا ولا بملك يمين وطئا لقوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين
الا ما قد سلف ولقوله عليه السلام من كان يؤمن بالله واليوم الآخر
فلا يجمعن ماءه في رحم اختين فان تزوج اخت امة له قد وطئها صح
النكاح لصدوره من اهله مضافا الى محله واذا جاز لا يطأ الامة وان
كان لم يطأ المنكوحة لان المنكوحة موطوءة حكما ولا يطأ المنكوحة الا
اذا حرم الموطوءة على نفسه بسبب من الاسباب فحينئذ يطأ المنكوحة
لعدم الجمع ويطأ المنكوحة ان لم يكن وطئ المملوكة لعدم الجمع وطئا اذ
المرقوقة ليست بموطوءة حكما فان تزوج اختين في عقدتين ولا يدري
ايتهما الاولى فرق بينه وبينهما لان نكاح احديهما باطل بيقين ولا وجه
الى التعيين لعدم الاولوية ولا الى التنفيذ مع التجهيل لعدم الفائدة
او للضرر فتعين التفريق ولهما نصف المهر لانه وجب للاولى منهما
وانعدمت الاولوية للجهل بالاولية فيصرف اليهما وقيل لا بد من دعوى
كل واحدة منهما او الاصطلاح لجهالة المستحقة ولا يجمع بين المرأة وعمتها او
خالتها او ابنة اخيها او ابنة اختها لقوله عليه السلام لا تنكح المرأة على عمتها
ولا على خالتها ولا على ابنة اخيها ولا على ابنة اختها وهذا مشهور يجوز الزيادة
على الكتاب بمثله ولا يجمع بين امرأتين لو كانت احديهما رجلا لم يجز له ان
يتزوج بالاخرى لان الجمع بينهما يفضي الى القطيعة والقرابة المحرمة
للنكاح محرمة للقطع ولو كانت المحرمية بينهما بسبب الرضاع يحرم لما روينا
من قبل ولا بأس بان يجمع بين امرأة وبنت زوج كان لها من قبله لانه لا قرابة

بينهما ولا رضاع وقال زفر رحمه الله لا يجوز لان ابنة الزوج لو قدرتها ذكرا
لا يجوز له التزوج بامرأة ابيه قلنا امرأة الاب لو صورتها ذكرا جاز له
التزوج بهذه والشرط ان يصور ذلك من كل جانب ومن زنى بامرأة حرمت
عليه امها وابنتها وقال الشافعي الزنا لا يوجب حرمة المصاهرة لانها
نعمة فلا تنال بالمحظور ولنا ان الوطء سبب الجزئية بواسطة الولد حتى
يضاف الى كل واحد منهما كملا فيصير اصولها وفروعها كاصوله وفروعه
وكذلك على العكس والاستمتاع بالجزء حرام الا في موضع الضرورة
وهي الموطوءة والوطء محرم من حيث انه سبب الولد لا من حيث انه زنا
ومن مسته امرأة بشهوة حرمت عليه امها وابنتها وقال الشافعي
رحمه الله لا تحرم وعلى هذا الخلاف مسه امرأة بشهوة ونظره الى فرجها
ونظرها الى ذكره عن شهوة له ان المس والنظر ليسا في معنى الدخول
ولهذا لا يتعلق بهما فساد الصوم والاحرام ووجوب الاغتسال فلا
يلحقان به ولنا ان المس والنظر سبب داع الى الوطء فيقام مقامه في
موضع الاحتياط ثم المس بشهوة ان تنتشر الآلة او يزداد انتشارا هو الصحيح
والمعتبر النظر الى الفرج الداخل ولا يتحقق ذلك الا عند اتكائها ولو مس
فانزل فقد قيل يوجب الحرمة والصحيح انه لا يوجبها لانه تبين بالانزال
انه غير مفض الى الوطء وعلى هذا اتيان المرأة في الدبر واذا طلق امرأته
طلاقا بائنا او رجعيا لم يجز له ان يتزوج باختها حتى تنقضي عدتها وقال
الشافعي رحمه الله اذا كانت العدة عن طلاق بائن او ثلاث يجوز لانقطاع
النكاح بالكلية اعمالا للقاطع ولهذا لو وطئها مع العلم بالحرمة يجب
الحد ولنا ان نكاح الاولى قائم لبقاء احكامه كالنفقة والمنع والفراش
والقاطع تأخر عمله الى انقضاء العدة ولهذا بقي القيد والحد لا يجب
على اشارة كتاب الطلاق وعلى عبارة كتاب الحدود يجب لان الملك
قد زال في حق الحل فيتحقق الزنا ولم يرتفع في حق ما ذكرنا فيصير جامعا
ولا يتزوج المولى امته ولا المرأة عبدها لان النكاح ما شرع الا مثمرا ثمرة
مشتركة بين المتناكحين والمملوكية تنافي المالكية فيمتنع وقوع الثمرة على
الشركة ويجوز تزويج الكتابيات لقوله تعالى والمحصنات من الذين
اوتوا الكتاب اي العفائف ولا فرق بين الكتابية الحرة والامة على ما
نبين من بعد ان شاء الله ولا يجوز تزويج المجوسيات لقوله عليه السلام

سنوا بهم سنة اهل الكتاب غير ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم قال ولا
الوثنيات لقوله تعالى ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن ويجوز تزويج
الصابئيات ان كانوا يؤمنون بدين نبي ويقرون بكتاب لانهم من اهل
الكتاب وان كانوا يعبدون الكواكب ولا كتاب لهم لم تجز مناكحتهم
لانهم مشركون والخلاف المنقول فيه محمول على اشتباه مذهبهم
فكل اجاب على ما وقع عنده وعلى هذا حال ذبيحتهم قال ويجوز للمحرم
والمحرمة ان يتزوجا في حالة الاحرام وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز تز
ويج الولي المحرم وليته على هذا الخلاف له قوله عليه السلام لا ينكح
المحرم ولا ينكح ولنا ما روي انه عليه السلام تزوج بميمونة وهو
محرم وما رواه محمول على الوطء ويجوز تزويج الامة مسلمة كانت او كتا
بية وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز للحر ان يتزوج بامة كتابية
لان جواز نكاح الاماء ضروري عنده لما فيه من تعريض الجزء على الرق وقد
اندفعت الضرورة بالمسلمة ولهذا جعل طول الحرة مانعا منه وعندنا
الجواز مطلق لاطلاق المقتضي وفيه امتناع عن تحصيل الجزء الحر لا
ارقاقه وله ان لا يحصل الاصل فيكون له ان لا يحصل الوصف
ولا يتزوج امة على حرة لقوله عليه السلام لا تنكح الامة على الحرة
وهو باطلاقه حجة على الشافعي في تجويز ذلك للعبد وعلى مالك
رحمه الله في تجويزه برضا الحرة ولان للرق اثرا في تنصيف النعمة
على ما نقرره في الطلاق ان شاء الله تعالى فيثبت به حل المحلية في حالة
الانفراد دون حالة الانضمام ويجوز تزويج الحرة عليها
لقوله عليه السلام وتنكح الحرة على الامة ولانها من المحللات في جميع
الحالات اذ لا منصف في حقها فان تزوج امة على حرة في عدة من
طلاق بائن لم يجز عند ابي حنيفة ويجوز عندهما لان هذا ليس بتزوج
عليها وهو المحرم ولهذا لو حلف لا يتزوج عليها لا يحنث بهذا ولابي
حنيفة رحمه الله ان نكاح الحرة باق من وجه لبقاء بعض الاحكام فيبقى المنع
احتياطا بخلاف اليمين لان المقصود ان لا يدخل غيرها في قسمها
وللحر ان يتزوج اربعا من الحرائر والاماء وليس له ان يتزوج باكثر
من ذلك لقوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع
والتنصيص على العدد يمنع الزيادة عليه وقال الشافعي لا يتزوج

الاماحن لانه ضروري عنده والحجة عليه ما تلونا اذ الامة المنكوحة ينتظمها
اسم النساء كما في الظهار ولا يجوز للعبد ان يتزوج اكثر من اثنتين وقال
مالك رحمه الله يجوز لانه في حق النكاح بمنزلة الحر عنده حتى ملكه بغير
اذن المولى ولنا ان الرق منصف فيتزوج العبد اثنتين والحر اربعا اظهارا
لشرف الحرية فان طلق الحر احدى الاربع طلاقا باينا لم يجز له ان يتزوج
رابعة حتى تنقضي عدتها وفيه خلاف الشافعي وهو نظير نكاح الاخت
في عدة الاخت **قال** فان تزوج حبلى من زنا جاز النكاح ولا يطاها
حتى تضع حملها وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف النكاح
فاسد وان كان الحمل ثابت النسب فالنكاح باطل بالاجماع لابي يوسف
رحمه الله ان الامتناع في الاصل لحرمة الحمل وهذا الحمل محترم لانه لا جناية
منه ولهذا لم يجز اسقاطه ولهما انها من المحللات بالنص وحرمة الوطي
كيلا يسقي ماؤه زرع غيره والامتناع في ثابت النسب لحق صاحب الماء ولا
حرمة للزاني فان تزوج حاملا من السبي فالنكاح فاسد لانه ثابت النسب
وان زوج ام ولده وهي حامل منه فالنكاح باطل لانها فراش
لمولاها حتى يثبت نسب ولدها من غير دعوة فلو صح النكاح لحصل الجمع
بين الفراشين الا انه غير متأكد حتى ينتفي الولد من غير لعان فلا يعتبر ما لم
يتصل به الحمل ومن وطي جاريته ثم زوجها جاز النكاح لانها ليست بفراش
لمولاها فانها لو جاءت بولد لا يثبت نسبه من غير دعوة الا ان عليه ان
يستبريها صيانة لمائه واذا جاز النكاح للزوج ان يطاها قبل الاستبراء
عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا احب له ان يطاها حتى يستبريها
لانه احتمل الشغل بماء المولى فوجب التنزه ولهما ان الحكم بجواز النكاح
امارة الفراغ فلا يؤمر بالاستبراء لا استحبابا ولا وجوبا بخلاف الشرا
لانه يجوز مع الشغل وكذا اذا راى امراة تزني فتزوجها حل له ان يطاها
ما لم يستبرئها والمعنى ما ذكرنا ونكاح المتعة باطل وهو ان يقول لامراة
اتمتع بك كذا مدة بكذا من المال وقال مالك رحمه الله هو جائز لانه كان
مباحا فيبقى الى ان يظهر ناسخه قلنا ثبت النسخ باجماع الصحابة وابن عباس
رضي الله عنهما صح رجوعه الى قولهم فتقرر الاجماع والنكاح الموقت باطل
مثل ان يتزوج امراة بشهادة شاهدين عشرة ايام وقال زفر رحمه الله هو
صحيح لازم لان النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة ولنا انه اتى بمعنى

المتعة والعبرة للمعاني في العقود ولا فرق بينما اذا طالت مدة التاقيت
او قصرت لان التاقيت هو المعين لجهة المتعة وقد وجد ومن تزوج
امراتين في عقدة واحدة احديهما لا يحل له نكاحها صح نكاح التي حل
نكاحها وبطل نكاح الاخرى لان المبطل في احديهما بخلاف ما اذا جمع
بين حر وعبد في البيع لانه يبطل بالشروط الفاسدة وقبول العقد
في الحر شرط فيه ثم جميع المسمى للتي تحل عند ابي حنيفة وعندهما يقسم على
مهر مثليهما وهي مسئلة الاصل ومن ادعت عليه امراة انه تزوجها واقامت
بينة فجعلها القاضي امراته ولم يكن تزوجها وسعها المقام معه وان تدعه
يجامعها وهذا عند ابي حنيفة وهو قول ابي يوسف اولا وفي قوله الاخر
وهو قول محمد لا يسعه ان يطاها وهو قول الشافعي لان القاضي اخطأ الحجة
اذ الشهود كذبة فصار كما اذا ظهر انهم عبيد او كفار ولابي حنيفة رحمه الله
ان الشهود صدقة عنده وهو الحجة لتعذر الوقوف على حقيقة الصدق
بخلاف الكفر والرق لان الوقوف عليهما متيسر واذا ابتنى القضاء على الحجة
وامكن تنفيذه باطنا بتقديم النكاح نفذ قطعا للمنازعة بخلاف الاملاك
المرسلة لان في الاسباب تزاحما فلا امكان والله اعلم **باب**
الاولياء والاكفاء وينعقد نكاح الحرة العاقلة البالغة برضاها وان
لم يعقد عليها ولي بكرا كانت او ثيبا عند ابي حنيفة وابي يوسف في ظاهر الرواية
وعن ابي يوسف انه لا ينعقد الا بولي وعند محمد ينعقد موقوفا وقال مالك
والشافعي لا ينعقد النكاح بعبارة النساء اصلا لان النكاح يراد لمقاصده
والتفويض اليهن مخل بها الا ان محمدا يقول يرتفع الخلل باجازة الولي ووجه
الجواز انها تصرفت في خالص حقها وهي من اهله لكونها عاقلة مميزة ولهذا كان
لها التصرف في المال ولها اختيار الازواج وانما يطالب الولي بالتزويج
كيلا ينسب الى الوقاحة ثم في ظاهر الرواية لا فرق بين الكفو وغير الكفو
لكن للولي الاعتراض في غير الكفو وعن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله انه
لا يجوز في غير الكفو لان كم من واقع لا يدفع ويروى رجوع محمد رحمه الله الى
قولهما ولا يجوز للولي اجبار البكر البالغة على النكاح خلافا للشافعي
له الاعتبار بالصغيرة وهذا لانها جاهلة بامر النكاح لعدم التجربة ولهذا
يقبض الاب صداقها بغير امرها ولنا انها حرة مخاطبة فلا يكون للغير عليها
ولاية والولاية على الصغيرة لقصور عقلها وقد كمل بالبلوغ بدليل توجه الخطاب

فصار كالغلام وكالتصرف في المال وانما يملك الاب قبض الصداق برضاها
دلالة ولهذا لا يملك مع نهيها قال فاذا استاذنها فسكتت او ضحكت فهو
اذن لقوله عليه السلام البكر تستامر في نفسها فان سكتت فقد رضيت
ولان الرضا فيه راجحة لانها تستحي عن اظهار الرغبة لا عن الرد والضحك ادل
على الرضا من السكوت بخلاف ما اذا بكت لانه دليل السخط والكراهة وقيل
اذا ضحكت كالمستهزئ بما سمعت لا يكون رضا واذا بكت بلا صوت لم يكن رد
قال وان فعل هذا غير الولي يعني استامر ولي غيره اولى منه لم يكن رضا
حتى يتكلم به لان هذا السكوت لقلة الالتفات الى كلامه فلم يقع
دلالة على الرضا ولو وقعت فهو محتمل والاكتفاء بمثله للحاجة ولا حاجة
في حق غير الاولياء بخلاف ما اذا كان المستامر رسول الولي لانه قائم مقامه
ويعتبر في الاستيمار تسمية الزوج على وجه يقع به المعرفة لتظهر رغبتها فيه
من رغبتها عنه ولا يشترط تسمية المهر هو الصحيح لان للنكاح صحة بدونه
ولو زوجها فبلغها الخبر فسكتت فهو على ما ذكرنا لان وجه الدلالة في السكوت
لا يختلف ثم المخبر ان كان فضوليا يشترط فيه العدد او العدالة عند ابي
حنيفة خلافا لهما ولو كان رسولا لا يشترط اجماعا وله نظائر ولو استاذن
الثيب فلا بد من رضاها بالقول لقوله عليه السلام الثيب تشاور ولان
النطق لا يعد عيبا وقل الحيا بالممارسة فلا مانع من النطق في حقها واذا زال
بكارتها بوثبة او حيضة او جراحة او تعنيس فهي في حكم الابكار لانها بكر
حقيقة واذا زالت بكارتها بزنا فهي كذلك عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف
ومحمد والشافعي رحمهم الله لا يكتفى بسكوتها لانها ثيب حقيقة لان مصيبها
عايد اليها ومنه المثوبة والمثابة والتثويب ولابي حنيفة رحمه الله ان الناس
عرفوها بكرا فيعيبونها بالنطق فتمتنع عنه فيكتفى بسكوتها كيلا تتعطل
عليها مصالحها بخلاف ما اذا وطئت بشبهة او بنكاح فاسد لان الشرع
اظهره حيث علق به احكاما اما الزنا فقد ندب الى ستره حتى لو اشتهر
حالها لا يكتفى بسكوتها فاذا قال الزوج بلغك النكاح فسكتت وقالت
رددت فالقول قولها وقال زفر القول قوله لان السكوت اصل والرد عارض
فصار كالمشروط له الخيار اذا ادعى الرد بعد مضي المدة ونحن نقول انه يدعي
لزوم العقد وتملك البضع والمراة تدفعه فكانت منكرة كالمودع اذا ادعى
رد الوديعة بخلاف مسئلة الخيار لان اللزوم قد ظهر بمضي المدة وان اقام الزوج

البينة على سكوتها ثبت النكاح لانه نور دعواه بالحجة وان لم تكن له بينة
فلا يمين عليها عند ابي حنيفة وهي مسئلة الاستحلاف في الاشياء الستة وسياتي
في الدعوى ان شاء الله تعالى ويجوز نكاح الصغير والصغيرة اذا زوجهما
الولي بكرا كانت الصغيرة او ثيبا والولي هو العصبة ومالك رحمه الله يخالفنا
في غير الاب والشافعي في غير الاب والجد وفي الثيب الصغيرة ايضا وجه
قول مالك رحمه الله ان الولاية على الحرة باعتبار الحاجة ولا حاجة لانعدام
الشهوة الا ان ولاية الاب ثبتت نصا بخلاف القياس والجد ليس في معناه فلا
يلحق به قلنا لا بل هو موافق للقياس لان النكاح يتضمن المصالح ولا تتوفر
الا بين المتكافئين عادة ولا يتفق الكفو في كل زمان فاثبتنا الولاية في حالة
الصغر احرازا للكفو وجه قول الشافعي ان النظر لا يتم بالتفويض الى غير الاب
والجد لقصور شفقته وبعد قرابته ولهذا لا يملك التصرف في المال مع
انه ادنى رتبة فلان لا يملك في النفس وانه اعلى اولى ولنا ان القرابة داعية
الى النظر كما في الاب والجد وما فيه من القصور اظهرناه في سلب ولاية
الالزام بخلاف التصرف في المال لانه يتكرر فلا يمكن تدارك الخلل فلا يتعين
الولاية له ملزمة ومع القصور لا تثبت ولاية الالزام وجه قوله في المسئلة
الثانية ان الثيابة سبب لحدوث الراي لوجود الممارسة فادرنا الحكم
عليها تيسيرا ولنا ما ذكرنا من تحقق الحاجة ووفور الشفقة ولا ممارسة تحدث
الراي بدون الشهوة فيدار الحكم على الصغر ثم الراي يوبيكلامنا فيما تقدم
قوله عليه السلام النكاح الى العصبات من غير فصل والترتيب في العصبات
في ولاية النكاح كالترتيب في الارث والابعد محجوب بالاقرب فان زوجهما
الاب والجد يعني الصغير والصغيرة فلا خيار لهما بعد بلوغهما لانهما كاملا الراي
وافرا الشفقة فيلزم العقد بمباشرتهما كما اذا باشراه برضاهما بعد البلوغ وان
زوجهما غير الاب والجد فلكل واحد منهما الخيار اذا بلغ ان شاء اقام على النكاح
وان شاء فسخ وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا خيار لهما
اعتبارا بالاب والجد ولهما ان قرابة الاخ ناقصة والنقصان يشعر بقصور
الشفقة فيتطرق الخلل الى المقاصد عسى والتدارك ممكن بخيار الادراك
واطلاق الجواب في غير الاب والجد يتناول الام والقاضي وهو الصحيح
من الرواية لقصور الراي في احدهما ونقصان الشفقة في الاخر فيتخير
ويشترط فيه القضا بخلاف خيار العتق لان الفسخ ههنا لدفع ضرر خفي وهو

يمكن الخلل ولهذا يشمل الذكر والانثى فجعل الزاما في حق الاخر فيفتقر الى القضاء
وخيار العتق لدفع ضرر جلي وهو زيادة الملك عليها ولهذا يختص بالانثى فاعتبر دفعا
والدفع لا يفتقر الى القضاء ثم عندهما اذا بلغت الصغيرة وقد علمت بالنكاح
فسكتت فهو رضا وان لم تعلم بالنكاح فلها الخيار حتى تعلم فتسكت شرط
العلم باصل النكاح لانها لا تتمكن من التصرف الا به والولي ينفرد به فعذرت
ولم يشترط العلم بالخيار لانها تتفرغ لمعرفة احكام الشرع والدار دار العلم
فلم تعذر بالجهل بخلاف المعتقة لان الامة لا تتفرغ لمعرفتها فتعذر
بالجهل بثبوت الخيار ثم خيار البكر يبطل بالسكوت ولا يبطل خيار الغلام
ما لم يقل رضيت او يجيء منه ما يعلم انه رضا وكذلك الجارية اذا دخل بها
الزوج قبل البلوغ اعتبارا لهذه الحالة بحالة ابتداء النكاح وخيار
البلوغ في حق البكر لا يمتد الى اخر المجلس ولا يبطل بالقيام في حق الثيب
والغلام لانه ما ثبت باثبات الزوج بل لتوهم الخلل فانما يبطل بالرضا
غير ان سكوت البكر رضا بخلاف خيار العتق لانه ثبت باثبات المولى وهو
الاعتاق فيعتبر فيه المجلس كما في خيار المخيرة ثم الفرقة بخيار البلوغ ليس
بطلاق لانه يصح من الانثى ولا طلاق اليها وكذا بخيار العتق لما بينا بخلاف
المخيرة لان الزوج ليس بطلاق لانه يصح من الانثى ولا طلاق اليها لان الزوج
هو الذي ملكها وهو مالك للطلاق فان مات احدهما قبل البلوغ
ورثه الاخر وكذا اذا مات بعد البلوغ قبل التفريق لان اصل العقد
صحيح والملك الثابت به قد انتهى بالموت بخلاف مباشرة الفضولي
اذا مات احد الزوجين قبل الاجازة لان النكاح ثمة موقوف فيبطل
بالموت وههنا نافذ فيتقرر به قال ولا ولاية لعبد ولا صغير ولا
مجنون لانه لا ولاية لهم على انفسهم فاولى ان لا تثبت على غيرهم ولان هذه
ولاية نظرية ولا نظر في التفويض الى هؤلاء ولا ولاية لكافر على مسلمة
لقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المومنين سبيلا ولهذا لا تقبل
شهادته عليه ولا يتوارثان اما الكافر تثبت له ولاية الانكاح على
ولده الكافر لقوله تعالى والذين كفروا بعضهم اولياء بعض ولهذا تقبل
شهادته عليه ويجري بينهما التوارث ولغير العصبات من الاقارب ولاية
التزويج عند ابي حنيفة معناه عند عدم العصبات وهذا استحسان
وقال محمد رحمه الله لا يثبت وهو القياس وهو رواية عن ابي حنيفة

رحمه الله وقول ابي يوسف رحمه الله في ذلك مضطرب والاشهر انه مع
محمد رحمه الله لهما ما روينا ولان الولاية انما تثبت صونا للقرابة عن
نسبة غير الكفو اليها والى العصبات الصيانة ولابي حنيفة رحمه الله
ان الولاية نظرية والنظر يتحقق بالتفويض الى من هو المختص بالقرابة
الباعثة على الشفقة ومن لا ولي له يعني العصبة من جهة القرابة
اذا زوجها مولاها الذي اعتقها جاز لانه اخر العصبات فاذا عدم
الاولياء فالولاية الى الامام والحاكم لقوله عليه السلام السلطان
ولي من لا ولي له واذا غاب الولي الاقرب غيبة منقطعة جاز لمن هو
ابعد منه ان يزوج وقال زفر رحمه الله لا يجوز لان ولاية الاقرب قائمة
لانها ثبتت حقا له صيانة للقرابة ولا يبطل بغيبته ولهذا لو زوجها حيث
هو جاز ولا ولاية للابعد مع ولايته ولنا ان هذه ولاية نظرية وليس
من النظر التفويض الى من لا ينتفع برايه ففوضناه الى الابعد وهو مقدم
على السلطان كما اذا مات الاقرب ولو زوجها حيث هو فيه منع وبعد
التسليم نقول للابعد بعد القرابة وقرب التدبير وللاقرب عكسه
فنزلا منزلة الوليين المتساويين فايهما عقد نفذ ولا يرد والغيبة
المنقطعة ان يكون في بلد لا تصل اليه القوافل في السنة الامرة وهو
اختيار القدوري رحمه الله وقيل ادنى مدة السفر لانه لا نهاية لاقصاه
وهو اختيار بعض المتاخرين وقيل اذا كان بحال يفوت الكفو الخاطب
باستطلاع رايه وهذا اقرب الى الفقه لانه لا نظر في ابقاء ولايته حينئذ
واذا اجتمع في المجنونة ابوها وابنها فالولي في نكاحها ابنها في قول ابي حنيفة
رحمه الله وابي يوسف وقال محمد ابوها لانه اوفر شفقة من الابن ولهما
ان الابن هو المقدم في العصوبة وهذه الولاية مبنية عليها ولا معتبر
بزيادة الشفقة كابي الام مع بعض العصبات

فصل في الاكفاء

قال رضي الله عنه الكفاءة في النكاح معتبرة وقال عليه السلام الا لا يزوج
النساء الا الاولياء ولا يزوجن الا من الاكفاء ولان انتظام المصالح بين المتكافئين
عادة لان الشريفة تابى ان تكون مستفرشة للخسيس فلا بد من اعتبارها
بخلاف جانبها لان الزوج مستفرش فلا تغيظه دناءة الفراش فاذا
زوجت المراة نفسها من غير كفو فللاولياء ان يفرقوا بينهما دفعا للضرر عن
انفسهم ثم الكفاءة تعتبر في النسب لانه يقع به التفاخر فقريش بعضهم

اكفا لبعض بطن ببطن والعربي بعضهم اكفا لبعض قبيله بقبيله والموالي
بعضهم اكفا لبعض رجل برجل ولا يعتبر التفاضل فيما بين قريش لما روينا وعن
محمد رحمه الله الا ان يكون نسبا مشهورا كاهل بيت الخلافه كانه قال تعظيما
للخلافة وتسكينا للفتنة وبنو باهله ليسوا باكفا لعامة العرب لانهم معرو
فون بالخساسة واما الموالي فمن كان له ابوان في الاسلام فصاعدا فهو كفو لمن
له ابوان في الاسلام لان تمام النسب بالاب والجد وابو يوسف رحمه الله
الحق الواحد بالمثنى كما هو مذهبه في التعريف ومن اسلم بنفسه لا يكون كفوا
لمن له اب واحد في الاسلام لان التفاخر فيما بين الموالي بالاسلام والكفاة
في الحرية نظيرها في الاسلام في جميع ما ذكرنا لان الرق اثر الكفر وفيه معنى
الذل فيعتبر في حكم الكفاة ويعتبر ايضا في الدين اي الديانة وهذا قول
ابي حنيفه وابي يوسف رحمهما الله هو الصحيح لانه من اعلى المفاخر والمرأة
تعير بفسق الزوج فوق ما تعير بضعة النسب وقال محمد رحمه الله لا
يعتبر لانه من امور الاخرة فلا يبتنى عليه احكام الدنيا الا اذا كان يصفع
ويسخر منه او يخرج الى الاسواق سكران ويلعب به الصبيان لانه مستخف به
ويعتبر في المال وهو ان يكون مالكا للمهر والنفقة وهذا هو المعتبر في
ظاهر الرواية حتى ان من لا يملكهما او لا يملك احدهما لا يكون كفوا لان المهر
بدل البضع فلا بد من ايفائه وبالنفقة قوام الازدواج ودوامه والمراد
بالمهر قدر ما تعارفوا تعجيله لان ما وراءه موجل عرفا وعن ابي يوسف رحمه الله
انه اعتبر القدرة على النفقة دون المهر لانه تجري المساهله في المهور ويعد
المرء قادرا عليه بيسار ابيه فاما الكفاة في الغنا فمعتبرة في قول ابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله حتى ان الفائقة في اليسار لا يكافئها القادر على المهر والنفقة
لان الناس يتفاخرون بالغنا ويتعيرون بالفقر وقال ابو يوسف رحمه الله
لا يعتبر لانه لا ثبات له اذ المال غاد ورائح ويعتبر في الصنائع وهذا عند ابي
يوسف ومحمد وعن ابي حنيفة في ذلك روايتان وعن ابي يوسف انه لا يعتبر
في الصنائع الا ان يفحش كالحجام والحائك والدباغ وجه الاعتبار ان الناس
يتفاخرون بشرف الحرف ويتعيرون بدناءتها وجه القول الآخر ان الحرفة ليست
بلازمة ويمكن التحول عن الخسيسة الى النفيسة منها قال واذا تزوجت
المراة ونقصت عن مهر مثلها فللاولياء الاعتراض عليها عند ابي حنيفة رحمه الله حتى يتم
مهر مثلها او يفارقها وقالا ليس لهم ذلك وهذا الوضع انما يصح على قول محمد

رحمه الله على اعتبار قوله المرجوع اليه في النكاح بغير الولي وقد صح ذلك
وهذه شهادة صادقة عليه لهما ان ما زاد على العشرة حقها ومن اسقط
حقه لا يعترض عليه كما في الابراء بعد التسمية ولابي حنيفة رحمه الله ان
الاولياء يفتخرون بغلاء المهور ويتعيرون بنقصانها فاشبه الكفاءة بخلاف
الابراء بعد التسمية لانه لا يتعير به واذا زوج الاب ابنته الصغيرة
ونقص من مهرها او ابنه الصغير وزاد في مهر امراته جاز ذلك عليهما ولا
يجوز ذلك لغير الاب والجد وهذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا
لا يجوز الحط والزيادة الا بما يتغابن الناس فيه ومعنى هذا الكلام
انه لا يجوز العقد عندهما لان الولاية مقيدة بشرط النظر فعند
فواته يبطل العقد وهذا لان الحط عن مهر المثل ليس من النظر في شي
كما في البيع ولهذا لا يملك ذلك غيرهما ولابي حنيفة ان الحكم يدار على دليل
النظر وهو قرب القرابة وفي النكاح مقاصد تربو على المهر اما المالية
فهي المقصود في التصرف المالي والدليل عدمناه في حق غيرهما ومن زوج
ابنته وهي صغيرة عبدا او زوج ابنه وهو صغير امة فهو جائز قال
رضي الله عنه وهذا عند ابي حنيفة ايضا لان الاعراض عن الكفاة لمصلحة
تفوقها وعندهما هو ضرر ظاهر لعدم الكفاة فلا يجوز والله اعلم بالحكم

فصل في الوكالة بالنكاح وغيرها

ويجوز لابن العم ان يزوج
بنت عمه من نفسه وقال زفر رحمه الله لا يجوز واذا اذنت المراة لرجل
ان يزوجها من نفسه فعقد بحضرة شاهدين جاز وقال زفر والشافعي رحمهما
الله تعالى لا يجوز لهما ان الواحد لا يتصور ان يكون مملكا ومتملكا كما في
البيع الا ان الشافعي يقول في الولي ضرورة لانه لا يتولاه سواه ولا ضرورة
في الوكيل ولنا ان الوكيل في النكاح معبر وسفير والتمانع في الحقوق دون
التعبير ولا ترجع الحقوق اليه بخلاف البيع لانه مباشر حتى رجعت الحقوق اليه
واذا تولى طرفيه فقوله زوجت يتضمن الشطرين فلا يحتاج الى القبول قال
وتزويج العبد والامة بغير اذن مولاهما موقوف فان اجازه المولى جاز
وان رده بطل وكذلك لو زوج رجل امراة بغير رضاها او رجلا بغير رضاه
وهذا عندنا فان كل عقد صدر من الفضولي وله مجيز انعقد موقوفا على
الاجازة وقال الشافعي رحمه الله تصرفات الفضولي كلها باطلة لان العقد
وضع لحكمه والفضولي لا يقدر على اثبات الحكم فيلغو ولنا ان ركن التصرف

صدر من اهله مضافا الى محله ولا ضرر في انعقاده فينعقد موقوفا
حتى اذا راى المصلحة فيه ينفذه وقد يتراخى حكم العقد عن العقد ومن
قال اشهدوا اني قد تزوجت فلانة فبلغها فاجازت فهو باطل وان قال
اخر اشهدوا اني زوجتها منه فبلغها الخبر فاجازت جاز وكذلك ان كانت
المراة هي التي قالت جميع ذلك وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف
اذا زوجت نفسها غائبا فبلغه فاجاز جاز وحاصل هذا ان الواحد لا يصلح
فضوليا من الجانبين او فضوليا من جانب اصيلا من جانب عندهما خلافا له ولو
جرى العقد بين الفضوليين او بين الفضولي والاصيل جاز بالاجماع هو
يقول لو كان مامورا من الجانبين ينفذ فاذا كان فضوليا يتوقف وصار
كالخلع والطلاق والاعتاق على مال ولهما ان الموجود شطر العقد لانه
شطر حالة الحضرة فكذا عند الغيبة وشطر العقد لا يتوقف على ما وراء
المجلس كما في البيع بخلاف المامور من الجانبين لانه ينتقل كلامه الى العاقدين
وما جرى بين الفضوليين عقد تام وكذا الخلع واخواته لانه تصرف يمين
من جانبه حتى يلزم فيتم به ومن امر رجلا بان يزوجه امراة فزوجه امراتين
في عقدة لم تلزمه منهما واحدة منهما لانه لا وجه الى تنفيذهما للمخالفة
ولا الى التنفيذ في احديهما غير عين للجهالة ولا الى التعيين لعدم الاولوية
فتعين التفريق ومن امره امير بان يزوجه امراة فزوجه امة لغيره جاز
عند ابي حنيفة رجوعا الى اطلاق اللفظ وعدم التهمة وقال ابو يوسف
ومحمد لا يجوز الا ان يزوجه كفوا لان المطلق ينصرف الى المتعارف
وهو التزوج بالاكفاء قلنا العرف مشترك او هو عرف عملي فلا يصلح
مقيدا وذكر في الوكالة ان اعتبار الكفاءة في هذا استحسان عندهما
لان كل احد لا يعجز عن التزوج بمطلق الزوجة فكانت الاستعانة في التزوج
بالكفو والله اعلم

باب المهر

قال ويصح النكاح
وان لم يسم فيه مهرا لان النكاح عقد انضمام وازدواج لغة فيتم بالزوجين
ثم المهر واجب شرعا ابانة لشرف المحل فلا يحتاج الى ذكره لصحة النكاح وكذا
اذا تزوجها بشرط ان لا مهر لها لما بينا وفيه خلاف مالك رحمه الله واقل المهر
عشرة دراهم وقال الشافعي ما يجوز ان يكون ثمنا في البيع لانه
حقها فيكون التقدير اليها ولنا قوله عليه السلام ولا مهر اقل من عشرة
ولانه حق الشرع وجوبا اظهارا لشرف المحل فيتقدر بماله خطر وهو العشرة

استدلالا

استدلالا بنصاب السرقة ولو سمى اقل من عشرة فلها العشرة عندنا وقال
زفر رحمه الله مهر المثل لان تسمية ما لا يصلح مهرا كانعدامه ولنا ان فساد
هذه التسمية لحق الشرع وقد صار مقضيا بالعشرة فاما ما يرجع الى حقها
فقد رضيت بالعشرة لرضاها بما دونها ولا معتبر بانعدام التسمية
لانها قد ترضى بالتمليك من غير عوض تكرما ولا ترضى فيه بالعوض اليسير
ولو طلقها قبل الدخول بها يجب خمسة عند الثلاثة وعنده تجب المتعة
كما اذا لم يسم شيئا ومن سمى مهرا عشرة فما زاد فعليه المسمى ان دخل بها او
مات عنها لان بالدخول يتحقق تسليم المبدل وبه يتاكد البدل وبالموت
ينتهي النكاح نهايته والشيء بانتهائه يتقرر ويتاكد فيتقرر بجميع مواجبه
وان طلقها قبل الدخول والخلوة فلها نصف المسمى لقوله تعالى وان
طلقتموهن من قبل ان تمسوهن الاية والاقيسة متعارضة ففيه
تفويت الزوج الملك على نفسه باختياره وفيه عود المعقود عليه اليها
سالما وكان المرجع فيه النص وشرط ان يكون قبل الخلوة لانها كالدخول
عندنا على ما نبينه ان شاء الله تعالى قال وان تزوجها ولم يسم لها
مهرا او تزوجها على ان لا مهر لها فلها مهر مثلها ان دخل بها او مات عنها وقال
الشافعي رحمه الله لا يجب شيء في الموت واكثرهم على انه يجب في الدخول له
ان المهر خالص حقها فيتمكن من نفيه ابتداء كما يتمكن من اسقاطه انتهاء ولنا
ان المهر وجوبا حق الشرع على ما مر وانما يصير حقها في حالة البقاء فتملك
الابراء دون النفي وان طلقها قبل الدخول بها فلها المتعة لقوله تعالى و
متعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره الاية ثم هذه المتعة واجبة
رجوعا الى الامر وفيه خلاف مالك والمتعة ثلاثة اثواب من كسوة مثلها
وهي درع وخمار وملحفة وهذا التقدير مروي عن عائشة وابن عباس رضي
الله عنهما وقوله من كسوة مثلها اشارة الى انه يعتبر حالها وهو قول
الكرخي في المتعة الواجبة لقيامها مقام مهر المثل والصحيح انه يعتبر
حاله عملا بالنص وهو قوله تعالى على الموسع قدره وعلى المقتر قدره ثم هي
لا تزاد على نصف مهر مثلها ولا تنقص عن خمسة دراهم ويعرف ذلك في الاصل
وان تزوجها ولم يسم لها مهرا ثم تراضيا على تسميته فهي لها ان دخل بها
او مات عنها وان طلقها قبل الدخول بها فلها المتعة وفي قول ابي يوسف
الاول نصف هذا المفروض وهو قول الشافعي رحمه الله لانه مفروض فيتنصف

بالنص قلنا ان هذا العوض تعين للواجب بالعقد وهو مهر المثل وذلك
لا يتنصف فكذا ما نزل منزلته والمراد به ما تداول العرض في العقد اذ هو العرف
المتعارف واذا زادها في المهر بعد العقد لزمته الزيادة خلافا لزفر رحمه الله
وسنذكره في زيادة الثمن والمثمن واذا صحت الزيادة تسقط بالطلاق
قبل الدخول وعلى قول ابي يوسف اولا تتنصف مع الاصل لان التنصف
عندهما يختص بالمفروض في العقد وعنده المفروض بعده كالمفروض فيه
على ما مر فان حطت عنه من مهرها صح الحط لان المهر بقاؤه حقها والحط يلاقيه
حالة البقاء واذا خلا الرجل بامراته وليس هناك مانع من الوطي ثم طلقها
فلها كمال مهرها وقال الشافعي لها نصف المهر لان المعقود عليه انما
يستوفى بالوطي فلا يتاكد المهر دونه ولنا انها سلمت المبدل حيث رفعت
الموانع وذلك وسعها فيتاكد حقها في البدل اعتبارا بالبيع وان كان
احدهما مريضا او صائما في رمضان او محرما بحج فرض او نفل او بعمرة او كانت
حايضا فليست الخلوة صحيحة حتى لو طلقها لها نصف المهر لان هذه الاشيا
موانع اما المرض فالمراد منه ما يمنع الجماع او يلحقه به ضرر وقيل مرضه لا
يعرى عن تكسر وفتور وهذا التفصيل في مرضها وصوم رمضان لما يلزمه
من القضاء والكفارة والاحرام لما يلزمه من الدم وفساد النسك والقضاء
والحيض مانع طبعا وشرعا وان كان احدهما صائما تطوعا فلها المهر كله لانه
يباح له الافطار من غير عذر في رواية المنتقى وهذا القول في المهر هو الصحيح
وصوم القضاء والمنذور كالتطوع في رواية لانه لا كفارة فيه والصلوة
بمنزلة الصوم فرضها كفرضه ونفلها كنفله واذا خلا المجبوب بامراته
ثم طلقها فلها كمال المهر عند ابي حنيفة وقالا عليه نصف المهر لانه اعجز
من المريض بخلاف العنين لان الحكم ادير على سلامة الآلة ولابي حنيفة
رحمه الله ان المستحق عليها التسليم في حق السحق وقد اتت به قال
وعليها العدة في جميع هذه المسايل احتياطا استحسانا لتوهم الشغل
والعدة حق الشرع والولد فلا يصدق في ابطال حق الغير بخلاف المهر لانه
مال لا يحتاط في ايجابه وذكر القدوري رحمه الله في شرحه ان المانع ان كان
شرعيا تجب العدة لثبوت التمكن حقيقة وان كان حقيقيا كالمرض والصغر
لا يجب لانعدام التمكن حقيقة قال وتستحب المتعة لكل مطلقة
الا المطلقة واحدة وهي التي طلقها الزوج قبل الدخول وقد سمى لها مهرا وقال

الشافعي رحمه الله يجب لكل مطلقة الا لهذه لانها وجبت صلة من الزوج
لانه اوحشها بالفراق الا ان في هذه الصورة نصف المهر طريقه المتعة
لان الطلاق فسخ في هذه الحالة والمتعة لا تتكرر ولنا ان المتعة خلف عن
مهر المثل في المفوضة لانه سقط مهر المثل ووجبت المتعة والعقد يوجب
العوض فكان خلفا والخلف لا يجامع الاصل ولا شيئا منه فلا تجب مع وجوب شيء
من المهر وهو غير جان في الايحاش فلا يلحقه الغرامة به فكان من باب الفضل
واذا زوج الرجل ابنته على ان يزوجه الزوج ابنته او اخته ليكون احد
العقدين عوضا عن الآخر فالعقدان جايزان ولكل واحدة منهما مهر مثلها وقال الشافعي رحمه الله
يبطل العقدان لانه جعل نصف البضع صداقا والنصف منكوحة
ولا اشتراك في هذا الباب فبطل الايجاب ولنا انه سمى ما لا يصلح
صداقا فيصح العقد ويجب مهر المثل كما اذا سمى الخمر والخنزير ولا شركة
بدون الاستحقاق وان تزوج حر امراة على خدمته سنة او على تعليم
القران فلها مهر مثلها وقال محمد رحمه الله لها قيمة خدمته وان تزوج
عبد باذن مولاه على خدمته سنة جاز ولها خدمته وقال الشافعي لها
تعليم القران والخدمة في الوجهين لان ما يصلح اخذ العوض عنه
بالشرط يصلح مهرا عنده لان بذلك يتحقق المعاوضة فصار كما اذا
تزوجها على خدمة حر آخر او على رعي الزوج غنمها ولنا ان المشروع انما
هو الابتغاء بالمال والتعليم ليس بمال وكذا المنافع على اصلنا وخدمة
العبد ابتغاء بالمال لتضمنه تسليم رقبته ولا كذلك الحر ولان خدمة
الزوج الحر لا يجوز استحقاقها بعقد النكاح لما فيه من قلب الموضوع
بخلاف خدمة حر آخر برضاه لانه لا مناقضة وبخلاف خدمة العبد
لانه يخدم مولاه معنى حيث يخدمها باذنه وامره وبخلاف رعي الاغنام
لانه من باب القيام بامور الزوجية فلا مناقضة على انه ممنوع في رواية
ثم على قول محمد تجب قيمة الخدمة لان المسمى مال الا انه عجز عن التسليم
لمكان المناقضة فصار كالتزوج على عبد الغير وعلى قول ابي حنيفة وابي
يوسف يجب مهر المثل لان الخدمة ليست بمال او لا يستحق فيه بحال فصار
كتسمية الخمر والخنزير وهذا لان تقومه بالعقد لضرورة فاذا لم يجب
تسليمه في العقد لم يظهر تقومه فبقي الحكم للاصل وهو مهر المثل قال
فان تزوجها على الف فقبضتها ووهبتها له ثم طلقها قبل الدخول بها انها

ترجع عليها بخمسمائة لانه لم يصل اليه بالهبة عين ما يستوجبه لان الدراهم و
الدنانير لا يتعينان في العقود والفسوخ وكذا اذا كان المهر مكيلا او موزونا
او شيئا آخر في الذمة لعدم تعينها فان لم يقبض الالف حتى وهبتها
له ثم طلقها قبل الدخول لم يرجع احدهما على صاحبه بشيء وفي القياس يرجع
عليها بنصف الصداق وهو قول زفر لانه سلم المهر له بالابرا فلا يبرا عما
يستحقه بالطلاق وجه الاستحسان انه وصل اليه عين ما يستحقه بالطلاق
قبل الدخول وهو براءة ذمته عن نصف المهر ولا يبالي باختلاف السبب عند
حصول المقصود ولو قبضت خمسمائة ثم وهبت الالف كلها المقبوض وغيره
او وهب الباقي ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع واحد منهما على صاحبه بشيء
عند ابي حنيفة وقالا يرجع بنصف ما قبضت اعتبارا للبعض بالكل ولان
هبة البعض حط فيلتحق باصل العقد ولابي حنيفة رحمه الله ان مقصود
الزوج قد حصل وهو سلامة نصف الصداق بلا عوض فلا تستوجب
الرجوع عند الطلاق والحط لا يلتحق باصل العقد في النكاح الا ترى ان
الزيادة فيه لا تلتحق حتى لا تتنصف ولو كانت وهبت اقل من النصف
وقبضت الباقي فعنده يرجع عليها الى تمام النصف وعندهما بنصف
المقبوض لو كان تزوجها على عرض فقبضته او لم تقبض فوهبت له ثم
طلقها قبل الدخول بها لم يرجع عليها بشيء وفي القياس وهو قول زفر رحمه الله
يرجع عليها بنصف قيمته لان الواجب فيه رد نصف عين المهر على ما مر
تقريره وجه الاستحسان ان حقه عند الطلاق سلامة نصف المقبوض
من جهتها وقد وصل اليه ولهذا لم يكن لها دفع شيء آخر مكانه بخلاف ما اذا
كان المهر دينا وبخلاف ما اذا باعت من زوجها لانه وصل اليه ببدل ولو
تزوجها على حيوان او عروض في الذمة فكذلك الجواب لان المقبوض
متعين في الرد وهذا لان الجهالة تحملت في النكاح فاذا عين يصير كان
التسمية وقعت عليه واذا تزوجها على الف على ان لا يخرجها من البلد
او على ان لا يتزوج عليها اخرى فان وفى بالشرط فلها المسمى لانه صلح
مهرا وقد تم رضاها به وان تزوج عليها اخرى او اخرجها فلها مهر مثلها
لانه سمى ما لها فيه نفع فعند فواته ينعدم رضاها بالالف فيكمل مهر
مثلها كما في تسمية الكرامة والهدية مع الالف ولو تزوجها على الف ان
اقام بها وعلى الفين ان اخرجها فان اقام بها فلها الالف وان اخرجها فلها

مهر المثل لا يزاد على الفين ولا ينقص عن الالف وهذا عند ابي حنيفة
وقالا الشرطان جميعا جائزان حتى كان لها الالف ان اقام بها والالفان
ان اخرجها وقال زفر رحمه الله الشرطان فاسدان ويكون لها
مهر مثلها لا ينقص من الالف ولا يزاد على الفين واصل المسألة في الاجارات جازت
في قوله ان خطته اليوم فلك درهم وان خطته غدا فلك نصف درهم
وسنبينها فيه ان شاء الله تعالى ولو تزوجها على هذا العبد او على هذا
العبد فان كان مهر مثلها اقل من اوكسهما فلها الاوكس وان كان اكثر من ارفعهما
فلها الارفع وان كان بينهما فلها مهر مثلها وهذا عند ابي حنيفة وقالا
لها الاوكس في ذلك كله فان طلقها قبل الدخول بها فلها نصف الاوكس
في ذلك كله بالاجماع لهما ان المصير الى مهر المثل لتعذر ايجاب المسمى
وقد امكن ايجاب الاوكس اذ الاقل متيقن وصار كالخلع والاعتاق
على مال ولابي حنيفة رحمه الله ان الموجب الاصلي مهر المثل اذ هو الاعدل
والعدول عنه عند صحة التسمية وقد فسدت لمكان الجهالة بخلاف
الخلع والاعتاق على مال لانه لا موجب له في البدل الا ان مهر المثل
اذا كان اكثر من الارفع فالمرأة رضيت بالحط وان كان انقص من الاوكس
فالزوج رضي بالزيادة والواجب في الطلاق قبل الدخول في مثله
المتعة ونصف الاوكس يزيد عليها في العادة فوجب لاعترافه بالزيادة
واذا تزوجها على حيوان غير موصوف صحت التسمية ولها الوسط منه
والزوج مخير ان شاء اعطاها ذلك وان شاء اعطاها قيمته قال
رضي الله عنه معنى هذه المسألة ان يسمي جنس الحيوان دون الوصف
بان يتزوجها على فرس او حمار اما اذا لم يسم الجنس بان تزوجها على دابة
لا يجوز التسمية ويجب مهر المثل وقال الشافعي يجب مهر المثل في الوجهين
جميعا لان عنده ما لا يصلح ثمنا في البيع لا يصلح مسمى في النكاح اذ كل
واحد منهما معاوضة ولنا انه معاوضة مال بغير مال فجعلناه التزام
المال ابتداء حتى لا تفسد باصل الجهالة كالدية والاقارير وشرطنا ان
يكون المسمى مالا وسطه معلوم رعاية للجانبين وذلك عند اعلام الجنس
لانه يشتمل على الجيد والرديء والوسط ذو حظ منهما بخلاف جهالة
الجنس لانه لا واسطة لاختلاف معاني الاجناس وبخلاف البيع لان
مبناه على المضايقة والمماكسة اما النكاح فمبناه على المسامحة وانما

يتخير لان الوسط لا يعرف الا بالقيمة فصارت اصلا في حق الايفاء
والعبد اصل تسمية فيتخير بينهما وان تزوجها على ثوب غير موصوف فلها
مهر المثل ومعناه ذكر الثوب ولم يزد عليه ووجهه ان هذه جهالة
الجنس اذ الثياب اجناس ولو سمى جنسا بان قال هروي يصح التسمية
ويخير الزوج لما بينا وكذا اذا بالغ في وصف الثوب في ظاهر الرواية
لانها ليست من ذوات الامثال وكذا اذا سمى مكيلا او موزونا وسمى
جنسه دون صفته وان سمى جنسه وصفته لا يخير لان الموصوف منهما
يثبت في الذمة ثبوتا صحيحا فان تزوج مسلم على خمر او خنزير فالنكاح
جائز ولها مهر مثلها لان شرط قبول الخمر شرط فاسد فيصح النكاح ويلغو
الشرط بخلاف البيع لانه يبطل بالشروط الفاسدة لكن لم يصح التسمية لما ان المسمى
ليس بمال في حق المسلم فوجب مهر المثل فان تزوج امراة على هذا الدن
من الخل فاذا هو خمر فلها مهر مثلها عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لها مثل
وزنها خلا وان تزوجها على هذا العبد فاذا هو حر يجب مهر المثل عند ابي
حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يجب القيمة لابي يوسف رحمه الله انه
اطمعها مالا وقد عجز عن تسليمه فيجب قيمته او مثله اذا كان من ذوات الامثال
كما اذا هلك العبد المسمى قبل التسليم وابو حنيفة رحمه الله يقول
اجتمعت الاشارة والتسمية فيعتبر الاشارة لكونها ابلغ في المقصود وهو
التعريف وكانه تزوج على خمر او حر ومحمد رحمه الله يقول الاصل ان المسمى
اذا كان من جنس المشار اليه يتعلق العقد بالمشار اليه لان المسمى موجود في المشار اليه
ذاتا والوصف يتبعه فان كان من خلاف جنسه يتعلق بالمسمى لان
مثل المشار اليه وليس بتابع له والتسمية ابلغ في التعريف من حيث انها تعرف
الماهية والاشارة تعرف الذات الا ترى ان من اشترى فصا على انه ياقوت
فاذا هو زجاج لا ينعقد العقد لاختلاف الجنس ولو اشترى على انه ياقوت
احمر فاذا هو اخضر ينعقد العقد لاتحاد الجنس وفي مسئلتنا العبد مع الحر
جنس واحد لقلة التفاوت في المنافع والخل مع الخمر جنسان لفحش التفاوت
في المقاصد فان تزوجها على هذين العبدين فاذا احدهما حر فليس لها الا الباقي
اذا ساوى عشرة دراهم عند ابي حنيفة رحمه الله لانه مسمى ووجوب المسمى
وان قل يمنع وجوب مهر المثل وقال ابو يوسف لها العبد وقيمة الحر عبدا
لانه اطمعها سلامة العبدين وعجز عن تسليم احدهما فيجب قيمته وقال محمد رحمه الله

وهو

وهو رواية عن ابي حنيفة لها العبد الباقي وتمام مهر مثلها ان كان مهر مثلها اكثر
من العبد لانهما لو كانا حرين يجب تمام مهر المثل عنده فاذا كان احدهما عبدا
يجب العبد وتمام مهر المثل واذا فرق القاضي بين الزوجين في النكاح الفاسد
قبل الدخول فلا مهر لها لان المهر فيه لا يجب بمجرد العقد لفساده وانما يجب
باستيفاء منافع البضع وكذا بعد الخلوة لان الخلوة فيه لا يثبت بها التمكن
فلا يقام مقام الوطء وان دخل بها فلها مهر مثلها لا يزاد على المسمى عندنا خلافا
لزفر هو يعتبره بالبيع الفاسد ولنا ان المستوفى ليس بمال وانما يتقوم
بالتسمية فان زادت على مهر المثل لم يجب الزيادة لعدم صحة التسمية
وان نقصت لم يجب الزيادة على المسمى لانعدام التسمية بخلاف البيع
لانه مال متقوم في نفسه فيتقدر بدله بقيمته وعليها العدة الحاقا
للشبهة بالحقيقة في موضع الاحتياط وتحرزا عن اشتباه النسب ويعتبر
ابتداؤها من وقت التفريق لا من اخر الوطئات هو الصحيح لانها تجب
باعتبار شبهة النكاح ورفعها بالتفريق ويثبت نسب ولدها لان النسب
يحتاط في اثباته احياء للولد فيترتب على الثابت من وجه ويعتبر مدة النسب
من وقت الدخول عند محمد رحمه الله وعليه الفتوى لان النكاح الفاسد
ليس بداع اليه والاقامة باعتباره قال ومهر مثلها يعتبر باخواتها
وعماتها وبنات اعمامها لقول ابن مسعود رضي الله عنه لها مهر مثل نسائها
وهن اقارب الاب ولان الانسان من جنس قوم ابيه وقيمة الشيء انما تعرف
بالنظر في قيمة جنسه ولا يعتبر بامها وخالتها اذا لم يكونا من قبيلتها لما
بينا فان كانت الام من قوم ابيها بان كانت بنت عمه فحينئذ يعتبر بمهرها لما
انها من قوم ابيها ويعتبر في مهر المثل ان يتساوى المراتان في السن والجمال
والمال والعقل والدين والبلد والعصر لان مهر المثل يختلف باختلاف
هذه الاوصاف وكذلك يختلف باختلاف الدار والعصر قالوا ويعتبر
التساوي ايضا في البكارة لانه يختلف بالبكارة والثيوبة واذا ضمن الولي
المهر صح ضمانه لانه من اهل الالتزام وقد اضافه الى ما يقبله فيصح ثم المراة
بالخيار في مطالبتها زوجها او وليها اعتبارا بسائر الكفالات ويرجع الولي
اذا ادى على الزوج اذا كان بامره كما هو الرسم في الكفالة وكذلك يصح هذا
الضمان وان كانت الزوجة صغيرة بخلاف ما اذا باع الاب مال الصغير وضمن
الثمن لان الولي سفير ومعبر في النكاح وفي البيع عاقد مباشر حتى ترجع العهدة

عليه والحقوق فاليه ويصح ابراؤه عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ويملك
قبضه بعد بلوغها فلو صح الضمان يصير رضامنا لنفسه وولاية قبض المهر
للاب بحكم الابوة لا باعتبار انه عاقد الا نرى انه لا يملك القبض بعد
بلوغها فلا يصير ضامنا لنفسه قال وللمراة ان تمنع نفسها حتى تاخذ
المهر وتمنعه ان يخرجها اي يسافر بها ليتعين حقها في البدل كما تعين حق
الزوج في المبدل وصار كالبيع وليس للزوج ان يمنعها من السفر والخروج
من منزله وزيارة اهلها حتى يوفيها المهر كله اي المعجل لان حق الحبس
لاستيفاء المستحق وليس له حق الاستيفاء قبل الايفا ولو كان المهر كله
اي المعجل مؤجلا ليس لها ان تمنع نفسها لاسقاطها حقها بالتاجيل
كما في البيع وفيه خلاف ابي يوسف رحمه الله تعالى وان دخل بها وكذلك
الجواب عند ابي حنيفة وقالا ليس لها ان تمنع نفسها والخلاف فيما اذا كان
الدخول برضاها حتى لو كانت مكرهة او صبية او مجنونة لا يسقط حقها
في الحبس بالاتفاق وعلى هذا الخلاف الخلوة بها برضاها ويبتنى على هذا
استحقاق النفقة لهما ان المعقود عليه كله قد صار مسلما اليه بالوطئة
الواحدة وبالخلوة ولهذا يتاكد بها جميع المهر فلم يبق لها حق الحبس كالبايع
اذا سلم المبيع وله انها منعت منه ما قابل البدل لان كل وطئة تصرف
في البضع المحترم فلا يخلى عن العوض ابانة لخطره والتاكد بالواحدة لجهالة
ما وراءها فلا يصلح مزاحما للمعلوم ثم اذا وجد اخر صار معلوما فتحققت
المزاحمة وصار المهر مقابلا بالكل كالعبد اذا جنى جناية يدفع كله بها
ثم اذا جنى اخرى واخرى يدفع جميعها واذا اوفاها مهرها نقلها الى حيث
شاء لقوله تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم وقيل لا يخرجها الى بلد
غير بلدها لان الغريب يؤذى وفي قرى المصر القريبة لا يتحقق الغربة
قال ومن تزوج امراة ثم اختلفا في المهر فالقول قول المراة الى مهر
مثلها والقول قول الزوج فيما زاد على مهر المثل وان طلقها قبل الدخول
بها فالقول قوله في نصف المهر وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى
وقال ابو يوسف القول قوله بعد الطلاق وقبله الا ان ياتي بشي
قليل ومعناه ما لا يتعارف مهرا لها هو الصحيح لابي يوسف رحمه الله تعالى
ان المراة تدعي الزيادة والزوج ينكرها والقول قول المنكر مع يمينه الا
ان ياتي بشي يكذبه الظاهر فيه وهذا لان تقوم منافع البضع ضروري

فمتى ايجاب شي من المسمى لا يصار اليه ولهما ان القول في الدعاوي قول
من يشهد له الظاهر والظاهر شاهد لمن يشهد له مهر المثل لانه الموجب الاصلي
في باب النكاح وصار كالصباغ مع رب الثوب اذا اختلفا في مقدار
الاجر يحكم قيمة الصبغ ثم ذكر ههنا ان بعد الطلاق قبل الدخول القول
قوله في نصف المهر وهذا رواية الجامع الصغير والاصل وذكر في الجامع
الكبير انه يحكم متعة مثلها وهو قياس قولهما لان المتعة موجبة بعد
الطلاق كمهر المثل قبله فتحكم كهو ووجه التوفيق انه وضع المسئلة
في الاصل في الالف والالفين والمتعة لا تبلغ هذا المبلغ في العادة
فلا يفيد تحكيمها ووضعها في الجامع الكبير في العشرة والمائة ومتعة مثلها
عشرون فيفيد تحكيمها والمذكور في الجامع الصغير ساكت عن ذكر المقدار
فيحمل على ما هو المذكور في الاصل وشرح قولهما فيما اذا اختلفا في حال
قيام النكاح ان الزوج اذا ادعى الالف والمراة الالفين او اكثر فالقول
قولهما وايهما اقام البينة في الوجهين يقبل وان اقاما البينة في الوجه
الاول تقبل بينتها لانها تثبت الزيادة وفي الوجه الثاني بينته لانها
تثبت الحط وان كان مهر مثلها الفا وخمسماية تحالفا واذا حلفا يجب الف
وخمسماية هذا تخريج الرازي وقال الكرخي يتحالفان في الفصول الثلاثة
ثم يحكم مهر المثل بعد ذلك ولو كان في اصل المسمى يجب مهر المثل
بالاجماع لانه هو الاصل عندهما وعنده يتعذر القضاء بالمسمى فيصار
اليه ولو كان الاختلاف بعد موت احدهما فالجواب فيه كالجواب
في حيوتهما لان اعتبار مهر المثل لا يسقط بموت احدهما ولو كان الاختلاف
بعد موتهما في المقدار فالقول قول ورثة الزوج عند ابي
حنيفة ولا يستثنى القليل وعند محمد الجواب فيه كالجواب في حالة
الحيوة وان كان في اصل المسمى فعند ابي حنيفة رحمه الله القول قول من
انكره فالحاصل انه لا حكم لمهر المثل عنده بعد موتهما على ما نبينه من بعد
ان شاء الله فاذا ماتت الزوجان وقد سمى لها مهرا فلورثتها ان ياخذوا
ذلك من ميراث الزوج وان لم يكن سمى لها مهرا فلا شي لورثتها عند ابي حنيفة
وقالا لورثتها المهر في الوجهين معناه المسمى في الوجه الاول ومهر المثل
في الثاني اما الاول فلان المسمى دين في ذمته وقد تاكد بالموت فيقضى
من تركته الا اذا علم انها ماتت اولا فيسقط نصيبه من ذلك واما الثاني

فوجه قولهما ان مهر المثل صار دينا في ذمته كالمسمى فلا يسقط بالموت
كما اذا مات احدهما ولابي حنيفة رضي الله عنه ان موتهما يدل على انقراض
اقرانهما فيتعذر على القاضي تقدير مهر المثل ومن بعث الى امراته شيا فقالت
هو هدية فقال الزوج هو من المهر فالقول قوله لانه هو المملك فكان
اعرف بجهة التمليك كيف وان الظاهر انه يسعى في اسقاط الواجب
قال الا في الطعام الذي يوكل فان القول قولها والمراد منه ما يكون م
مهيا للاكل لانه يتعارف هدية فاما الحنطة والشعير فالقول قوله
لما بينا وقيل ما يجب عليه من الخمار والدرع وغيره ليس له ان يحتسبه
من المهر لان الظاهر يكذبه والله اعلم **فصل** واذا تزوج
النصراني نصرانية على ميتة او على غير مهر وذلك في دينهم جائز فدخل
بها او طلقها قبل الدخول بها او مات عنها فليس لها مهر وكذلك الحربيان
في دار الحرب وهذا عند ابي حنيفة وهو قولهما في الحربيين واما في الذمية
فلها مهر مثلها ان مات عنها او دخل بها والمتعة ان طلقها قبل الدخول
بها وقال زفر رحمه الله لها مهر المثل في الحربيين ايضا له ان الشرع
ما شرع ابتغاء النكاح الا بالمال وهذا الشرع وقع عاما فيثبت الحكم على
العموم ولهما ان اهل الحرب غير ملتزمين احكام الاسلام وولاية الالزام
منقطعة لتباين الدار بخلاف اهل الذمة لانهم التزموا احكامنا فيما
يرجع الى المعاملات كالزنا والربوا وولاية الالزام متحققة لاتحاد
الدار ولابي حنيفة ان اهل الذمة لا يلتزمون احكامنا في الديانات
وفيما يعتقدون خلافه في المعاملات وولاية الالزام بالسيف وبالمحاجة
وكل ذلك منقطع عنهم باعتبار عقد الذمة فانا امرنا بان نتركهم وما
يدينون فصاروا كاهل الحرب بخلاف الزنا لانه حرام في الاديان كلها
والربوا مستثنى عن عقودهم لقوله عليه السلام الا من اربى فليس
بيننا وبينه عهد وقوله في الكتاب او على غير مهر يحتمل المهر ويحتمل السكوت
وقد قيل في الميتة والسكوت روايتان والاصح ان الكل على الخلاف فان
تزوج الذمي ذمية على خمر او خنزير ثم اسلما او اسلم احدهما فلها الخمر والخنزير
ومعناه اذا كانا باعيانهما والاسلام قبل القبض وان كانا بغير اعيانهما
فلها في الخمر القيمة وفي الخنزير مهر المثل وهذا عند ابي حنيفة
وقال ابو يوسف رحمه الله لها مهر المثل في الوجهين وقال محمد رحمه الله

لها القيمة في الوجهين وجه قولهما ان القبض مؤكد للملك في المقبوض
فيكون له شبه بالعقد فيمتنع بسبب الاسلام كالعقد وصار كما اذا كانا
بغير اعيانهما واذا التحقت حالة القبض بحالة العقد فابو يوسف رحمه الله
يقول لو كانا مسلمين وقت العقد يجب مهر المثل فكذا ههنا ومحمد
يقول صحت التسمية لكون المسمى مالا عندهم الا انه امتنع التسليم
للاسلام فتجب القيمة كما اذا هلك العبد المسمى قبل القبض ولابي حنيفة
رحمه الله ان الملك في الصداق المعين يتم بنفس العقد ولهذا تملك التصرف
فيه وبالقبض ينتقل من ضمان الزوج الى ضمانها وذلك لا يمتنع بالاسلام
كاسترداد الخمر المغصوب وفي غير المعين القبض موجب ملك العين فيمتنع
بالاسلام بخلاف المشتري لان ملك التصرف انما يستفاد فيه بالقبض
واذا تعذر القبض في غير المعين لا تجب القيمة في الخنزير لانه من ذوات
الامثال الا ترى انه لو جاء بالقيمة قبل الاسلام يجبر على القبول في الخنزير
دون الخمر ولو طلقها قبل الدخول بها فمن اوجب مهر المثل اوجب المتعة
ومن اوجب القيمة اوجب نصفها **باب نكاح الرقيق**
قال رضي الله عنه لا يجوز نكاح العبد والامة الا باذن مولاهما وقال مالك
رحمه الله يجوز للعبد لانه يملك الطلاق فيملك النكاح ولنا قوله
عليه السلام ايما عبد تزوج بغير اذن مولاه فهو عاهر ولان في تنفيذ نكاحهما
تعييبهما اذ النكاح عيب فيهما فلا يملكانه بدون اذن مولاهما وكذلك
المكاتب لان الكتابة اوجبت فك الحجر في حق الكسب فبقي في حق النكاح على
حكم الرق ولهذا لا يملك المكاتب تزويج عبده ويملك تزويج امته لانه
من باب الاكتساب وكذا المكاتبة لا تملك تزويج نفسها بدون اذن المولى
وتملك تزويج امتها لما بينا وكذا المدبر وام الولد لان الملك فيهما قائم
واذا تزوج العبد باذن مولاه فالمهر دين في رقبته يباع فيه لان هذا دين
وجب في رقبة العبد لوجود سببه من اهله وقد ظهر في حق المولى لصدور
الاذن من جهته فيتعلق برقبته دفعا للمضرة عن اصحاب الديون كما في دين
التجارة والمدبر والمكاتب يسعيان في المهر ولا يباعان فيه لانهما لا يحتملان
النقل من ملك الى ملك مع بقاء الكتابة والتدبير فيؤدى من كسبهما لا من نفسهما
واذا تزوج العبد بغير اذن مولاه فقال المولى طلقها او فارقها فليس هذا باجازة
لانه يحتمل الرد لان رد هذا العقد ومتاركته يسمى طلاقا ومفارقة وهو اليق

بحال العبد المتمرد اذ هو اليق فكان الحمل عليه اولى فان قال طلقها تطليقة
يملك الرجعة فهذه اجازة لان الطلاق الرجعي لا يكون الا في نكاح صحيح فيتعين
الاجازة ومن قال لعبد تزوج هذه الامة فتزوجها نكاحا فاسدا ودخل
بها فانه يباع في المهر عند ابي حنيفة وقالا يؤخذ منه اذا اعتق واصله
ان الاذن بالنكاح ينتظم الفاسد والجائز عنده فيكون هذا المهر ظاهرا
في حق المولى وعندهما ينصرف الى الجائز لا غير فلا يكون ظاهرا في حق المولى
فيؤاخذ به بعد العتاق لهما ان المقصود في المستقبل الاعفاف والتحصين
وذلك بالجائز ولهذا لو حلف لا يتزوج ينصرف الى الجائز بخلاف البيع
لان بعض المقاصد حاصل وهو ملك التصرفات وله ان اللفظ مطلق
فيجري على اطلاقه كما في البيع وبعض المقاصد في النكاح الفاسد حاصل
كالنسب ووجوب المهر والعدة على اعتبار وجود الوطء ومسألة
اليمين ممنوعة على هذه الطريقة ومن زوج عبدا مأذونا له امرأة
فالمرأة اسوة للغرماء في مهرها ومعناه اذا كان النكاح بمهر المثل وجهه
ان سبب ولاية المولى ملك الرقبة على ما نذكر والنكاح لا يلاقي حق الغرماء
بالابطال مقصودا الا انه اذا صح النكاح وجب الدين بسبب لا مرد له
فشابه دين الاستهلاك وصار كالمريض المديون اذا تزوج امرأة فبمهر
مثلها اسوة للغرماء ومن زوج امته فليس عليه ان يبوئها بيت الزوج
لكنها تخدم المولى ويقال للزوج متى ظفرت بها وطئتها لان حق المولى
في الاستخدام باق والتبوئة ابطال له فان بوأها معه بيتا فلها النفقة
والسكنى والا فلا لان النفقة تقابل الاحتباس ولو بوأها بيتا ثم بدا
له ان يستخدمها له ذلك لان الحق باق لبقاء الملك فلا يسقط بالتبوئة
كما لا يسقط بالنكاح قال رضي الله عنه ذكر تزويج المولى عبده وامته
ولم يذكر رضاهما وهذا يرجع الى مذهبنا ان للمولى اجبارهما على النكاح
وعند الشافعي لا اجبار في العبد وهو رواية عن ابي حنيفة لان النكاح
من خصائص الادمية والعبد داخل تحت ملك المولى من حيث انه مال
فلا يملك انكاحه بخلاف الامة لانه مالك منافع بضعها فيملك تمليكها
ولنا ان الانكاح اصلاح ملكه لان فيه تحصينه عن الزنا الذي هو سبب
الهلاك او النقصان فيملكه اعتبارا بالامة بخلاف المكاتب والمكاتبة
لانهما التحقا بالاحرار تصرفا فيشترط رضاهما ومن زوج امته ثم قتلها

قبل ان يدخل بها زوجها فلا مهر لها عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا عليه
المهر لمولاها اعتبارا بموتها حتف انفها وهذا لان المقتول ميت باجله
فصار كما اذا قتلها اجنبي وله انه منع المبدل قبل التسليم فيجازى
بمنع البدل كما اذا ارتدت الحرة والقتل في حق احكام الدنيا جعل اتلافا
حتى وجب القصاص والدية فكذا في حق المهر وان قتلت حرة نفسها
قبل ان يدخل بها زوجها فلها المهر خلافا لزفر هو يعتبره بالردة وبقتل
المولى امته والجامع ما بيناه ولنا ان جناية المرء على نفسه غير معتبرة في
حق احكام الدنيا فشابه موتها حتف انفها بخلاف قتل المولى لانه يعتبر
في حق احكام الدنيا حتى تجب الكفارة عليه واذا تزوج امة فالاذن في
العزل الى المولى عند ابي حنيفة رحمه الله وعن ابي يوسف ومحمد ان الاذن
اليها لان الوطء حقها حتى تثبت لها ولاية المطالبة وفي العزل تنقيص حقها
فيشترط رضاها كما في الحرة بخلاف الامة المملوكة لانه لا مطالبة لها
فلا يعتبر رضاها وجه ظاهر الرواية ان العزل يخل بمقصود الولد وهو
حق المولى فيعتبر رضاه وبهذا فارق الحرة وان تزوجت باذن مولاها
ثم اعتقت فلها الخيار حرا كان زوجها او عبدا لقوله عليه السلام لبريرة
حين عتقت ملكت بضعك فاختاري فالتعليل بملك البضع صدر مطلقا
فينتظم الفصلين والشافعي يخالفنا فيما اذا كان زوجها حرا وهو
محجوج به ولانه يزداد الملك عليها عند العتق فيملك الزوج بعده ثلاث
تطليقات فتملك رفع اصل العقد دفعا للزيادة وكذلك المكاتبة
يعني اذا تزوجت باذن مولاها ثم عتقت وقال زفر رحمه الله لا خيار لها
لان العقد نفذ عليها برضاها وكان المهر لها فلا معنى لاثبات الخيار
بخلاف الامة لانه لا يعتبر رضاها ولنا ان العلة ازدياد الملك وقد و
جدناها في المكاتبة لان عدتها قرءان وطلاقها ثنتان وان تزوجت امة
بغير اذن مولاها ثم اعتقت صح النكاح لانها من اهل العبارة وامتناع
النفوذ لحق المولى وقد زال ولا خيار لها لان النفوذ بعد العتق فلا تتحقق
زيادة الملك كما اذا زوجت نفسها بعد العتق فان كانت تزوجت امة
بغير اذنه على الف ومهر مثلها مائة فدخل بها زوجها ثم اعتقها مولاها
فالمهر للمولى لانه استوفى منافع مملوكة له والمراد بالمهر الالف المسمى
لان نفاذ العقد بالعتق استند الى وقت وجود العقد فصحت التسمية

ووجب المسمى ولهذا لم يجب مهر آخر بالوطء في نكاح موقوف لان العقد
قد اتحد باستناد النفاذ فلا يوجب الا مهرا واحدا ومن وطئ امة ابنه
فولدت منه فهي ام ولده وعليه قيمتها ولا مهر عليه ومعنى المسئلة ان
يدعيه الاب ووجهه ان له تملك مال ابنه للحاجة الى البقا وله تملك
جاريته للحاجة الى صيانة الماء الا ان الحاجة الى ابقاء نسله دونها الى ابقاء
نفسه فلهذا يتملك الجارية بالقيمة والطعام بغير القيمة ثم هذا الملك
يثبت قبيل الاستيلاد شرطا له اذ المصحح حقيقة الملك او حقه وكل
ذلك غير ثابت للاب فيها حتى يجوز له التزوج بها فلا بد من تقديمه
فيتبين ان الوطء يلاقي ملكه فلا يلزمه العقر وقال زفر والشافعي
رحمهما الله يجب المهر لانهما يثبتان الملك حكما للاستيلاد كما في الجارية
المشتركة وحكم الشيء يعقبه والمسئلة معروفة ولو كان زوجها اباه
فولدت لم تصر ام ولد له ولا قيمة عليه وعليه المهر وولدها حر لانه صح
التزوج عندنا خلافا للشافعي لخلوها عن ملك الاب الا ترى ان الابن ملكها
من كل وجه فمن المحال ان يملكها الاب من وجه وكذا يملك من التصرفات ما
لا يبقى معها ملك الاب لو كان فدل على انتفاء ملكه الا انه يسقط الحد للشبهة
واذا جاز النكاح صار ماؤه مصونا به فلم يثبت ملك اليمين فلا تصير
ام ولد له ولا قيمة عليه فيها ولا في ولدها لانه لم يملكها وعليه المهر لالتزامه
بالنكاح وولدها حر لانه ملكه اخوه فعتق عليه واذا كانت الحرة تحت
عبد فقالت لمولاه اعتقه عني بالف ففعل فسد النكاح وقال زفر
رحمه الله لا يفسد واصله انه يقع العتق عن الآمر عندنا حتى يكون الو
لاء له ولو نوى به الكفارة يخرج عن عهدتها وعنده يقع عن المامور لانه
طلب ان يعتق المامور عبده عنه وهذا محال لانه لا عتق فيما لا يملك ابن آدم
فلم يصح الطلب فيقع العتق عن المامور ولنا انه امكن تصحيحه بتقديم
الملك بطريق الاقتضا اذ الملك شرط لصحة العتق عنه فيصير قوله اعتق طلب
التمليك منه بالالف ثم امره باعتاق عبد الآمر عنه وقوله اعتقت تمليك
منه ثم الاعتاق عنه واذا ثبت الملك للآمر فسد النكاح للتنافي بين الملكين
ولو قال اعتقه عني ولم يسم مالا لم يفسد النكاح والولاء للمعتق وهذا
عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وقال ابو يوسف هذا والاول سواء
لانه يقدم التمليك بغير عوض تصحيحا لتصرفه ويسقط اعتبار القبض كما اذا

اذا كان

كان عليه كفارة ظهار فامر غيره ان يطعم عنه ولهما ان الهبة من شرطها
القبض بالنص فلا يمكن اسقاطه ولا اثباته اقتضاء لانه فعل حسي
بخلاف البيع لانه تصرف شرعي وفي تلك المسئلة الفقير ينوب عن الآمر
في القبض اما العبد فلا يقع في يده شيء لينوب عنه والله اعلم بالحكم

باب نكاح اهل الشرك واذا تزوج الكافر بغير شهود
او في عدة كافر وذلك في دينهم جائز ثم اسلما اقرا عليه وهذا عند ابي
حنيفة وقال زفر النكاح فاسد في الوجهين الا انه لا يتعرض لهم
قبل الاسلام والمرافعة الى الحكام وقال ابو يوسف ومحمد في الوجه
الاول كما قال ابو حنيفة وفي الوجه الثاني كما قال زفر له ان الخطابات
عامة على ما مر من قبل فتلزمهم وانما لا يتعرض لهم لذمتهم اعراضا
لا تقريرا فاذا ترافعوا او اسلموا والحرمة قائمة وجب التفريق ولهما
ان حرمة نكاح المعتدة مجمع عليها فكانوا ملتزمين لها وحرمة النكاح بغير
الشهود مختلف فيه ولم يلتزموا احكامنا بجميع الاختلافات ولابي
حنيفة ان الحرمة لا يمكن اثباتها حقا للشرع لانهم لا يخاطبون بحقوقه
ولا وجه الى ايجاب العدة حقا للزوج لانه لا يعتقده بخلاف ما اذا
كانت تحت مسلم لانه يعتقده واذا صح النكاح فحالة المرافعة والاسلام
حالة البقا والشهادة ليست شرطا فيها وكذا العدة ~~حقا للزوج لانه لا~~
~~يعتقده~~ لا تنافيها كالمنكوحة اذا وطئت بشبهة فان تزوج المجوسي
امه او ابنته ثم اسلما فرق بينهما لان نكاح المحارم له حكم البطلان فيما
بينهم عندهما كما ذكرنا في العدة ووجب التعرض بالاسلام فيفرق
وعنده له حكم الصحة في الصحيح الا ان المحرمية تنافي النكاح فيفرق بخلاف
العدة لانها لا تنافيه ثم باسلام احدهما يفرق بينهما وبمرافعة احدهما لا
يفرق عنده خلافا لهما والفرق ان استحقاق احدهما لا يبطل بمرافعة
صاحبه اذ لا يتغير به اعتقاده اما اعتقاد المصر لا يعارض اسلام المسلم
لان الاسلام يعلو ولا يعلى ولو ترافعا يفرق بالاجماع لان مرافعتهما
كتحكيمهما ولا يجوز ان يتزوج المرتد مسلمة ولا كافرة ولا مرتدة لانه مستحق
للقتل والامهال ضرورة التامل والنكاح يشغله عنه فلا يشرع في حقه
وكذا المرتدة لا يتزوجها مسلم ولا كافر لانها محبوسة للتامل وخدمة الزوج
تشغلها ولانه لا ينتظم بينهما المصالح والنكاح ما شرع لعينه بل لمصالحه

فان كان احد الزوجين مسلما فالولد له وكذلك اذا اسلم احدهما وله ولد صغير
صار ولده مسلما باسلامه لان في جعله تبعا له نظرا له ولو كان احدهما
كتابيا والاخر مجوسيا فالولد كتابي حتى يجوز للمسلم مناكحته ويحل ذبيحته
لان فيه نوع نظر له اذ المجوسية شر والشافعي يخالفنا فيه للتعارض ونحن
بينا الترجيح واذا اسلمت المراة وزوجها كافر عرض القاضي عليه الاسلام
فان اسلم فهي امراته وان ابى فرق بينهما وكان ذلك طلاقا عند ابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله وان اسلم الزوج وتحته مجوسية عرض عليها الاسلام
فان اسلمت فهي امراته وان ابت فرق القاضي بينهما ولم تكن الفرقة طلاقا
وقال ابو يوسف رحمه الله لا يكون طلاقا في الوجهين اما العرض
فمذهبنا وقال الشافعي رحمه الله لا يعرض الاسلام لان فيه تعرضا
لهم وقد ضمنا بعقد الذمة ان لا نتعرض لهم الا ان ملك النكاح قبل
الدخول غير متاكد فينقطع بنفس الاسلام وبعده متاكد فيتاجل الى
انقضاء ثلث حيض كما في الطلاق ولنا ان المقاصد قد فاتت فلا بد من
سبب تبتنى عليه الفرقة والاسلام طاعة لا يصلح سببا فيعرض الاسلام
ليحصل المقاصد بالاسلام او تثبت الفرقة بالاباء وجه قول ابي يوسف
ان الفرقة بسبب يشترك فيه الزوجان فلا يكون طلاقا كالفرقة بسبب
الملك ولهما ان بالاباء امتنع عن الامساك بالمعروف مع قدرته عليه
بالاسلام فينوب القاضي منابه في التسريح كما في الجب والعنة اما المراة
ليست باهل للطلاق ولا ينوب منابها عند ابائها ثم اذا فرق بينهما
باباها فلها المهر ان كان دخل بها لتاكده بالدخول وان لم يكن دخل بها فلا
مهر لها لان الفرقة من قبلها والمهر لم يتاكد فاشبه الردة والمطاوعة
واذا اسلمت المراة في دار الحرب وزوجها كافر او اسلم الحربي وتحته مجوسية
لم تقع الفرقة عليها حتى تحيض ثلث حيض ثم تبين من زوجها وهذا لان
الاسلام ليس سببا للفرقة والعرض على الاسلام متعذر لقصور الولاية
ولا بد من الفرقة دفعا للفساد فاقمنا شرطها وهو مضي الحيض مقام
السبب كما في حفر البئر ولا فرق بين المدخول بها وغير المدخول بها وللشافعي
يفصل كما مر له في دار الاسلام واذا وقعت الفرقة والمراة حربية فلا عدة
عليها وان كانت هي المسلمة فكذلك عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما
وسياتيك ان شاء الله واذا اسلم زوج الكتابية فهما على نكاحهما لانه يصح

النكاح بينهما ابتداء فلان يبقى اولى واذا خرج احد الزوجين الينا من
دار الحرب مسلما وقعت البينونة بينهما وقال الشافعي رحمه الله
لا تقع ولو سبي احد الزوجين وقعت البينونة وان سبيا معا لم تقع و
قال الشافعي وقعت فالحاصل ان السبب هو التباين عندنا دون
السبي وهو يعكسه له ان التباين اثره في انقطاع الولاية وذلك لا
يؤثر في الفرقة كالحربي المستامن والمسلم المستامن اما السبي فيقتضي
الصفا للسابي ولا يتحقق الا بانقطاع النكاح ولهذا يسقط الدين
عن ذمة المسبي ولنا ان مع التباين حقيقة وحكما لا ينتظم المصالح
فشابه المحرمية والسبي يوجب ملك الرقبة وهو لا ينافي النكاح ابتداء
وكذلك بقاء وصار كالشراء ثم هو يقتضي الصفاء في محل عمله وهو المال
لا في محل النكاح وفي المستامن لم تتباين الدار حكما لقصده الرجوع
واذا خرجت المراة الينا مهاجرة جاز ان تتزوج ولا عدة عليها عند
ابي حنيفة وقالا عليها العدة لان الفرقة وقعت بعد الدخول في
دار الاسلام فيلزمها حكم الاسلام ولابي حنيفة انها اثر النكاح
المتقدم وجبت اظهارا لخطره ولا خطر لملك الحربي ولهذا لا تجب
على المسبية وان كانت حاملا لم تتزوج حتى تضع حملها وعن ابي
حنيفة انه يصح النكاح ولا يقربها زوجها حتى تضع كما في الحبلى من
الزنا وجه الاول انه ثابت النسب فاذا ظهر الفراش في حق النسب
يظهر في حق المنع من النكاح احتياطا واذا ارتد احد الزوجين عن
الاسلام وقعت الفرقة بغير طلاق وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد ان كانت الردة من الزوج فهي فرقة بطلاق هو يعتبره بالاباء
والجامع ما بيناه وابو يوسف مر على ما اصلنا له في الاباء وابو حنيفة
فرق ووجهه ان الردة منافية للنكاح لكونها منافية للعصمة و
الطلاق رافع فتعذر ان تجعل طلاقا بخلاف الاباء لانه يفوت الا
مساك بالمعروف فيجب التسريح على ما مر ولهذا تتوقف الفرقة
بالاباء على القضاء ولا تتوقف بالردة ثم ان كان الزوج هو المرتد
فلها كل المهر ان دخل بها وان لم يدخل بها وان كانت هي المرتدة فلها
كل المهر ان دخل بها وان لم يدخل بها فلا مهر لها ولا نفقة لان الفرقة
من قبلها واذا ارتدا معا ثم اسلما معا فهما على نكاحهما استحسانا و

زفر يبطل لان ردة احدهما منافية وفي ردتهما ردة احدهما ولنا ما روي
ان بني حنيفة ارتدوا ثم اسلموا ولم يأمرهم الصحابة رضي الله عنهم
بتجديد الانكحة والارتداد منهم واقع معا لجهالة التاريخ ولو اسلم
احدهما بعد الارتداد فسد النكاح بينهما لاصرار الآخر على الردة و
لانه مناف كابتدائها والله اعلم

باب القسم

واذا كان للرجل امراتان حرتان فعليه ان يعدل بينهما في القسم بكرين
كانتا او ثيبين او احديهما بكرا والاخرى ثيبا لقول النبي عليه السلام
من كان له امراتان ومال الى احديهما في القسم جاء يوم القيمة وشقه
مايل وعن عايشة رضي الله عنها ان النبي عليه السلام كان يعدل في القسم
بين نسايه وكان يقول اللهم هذا قسمي فيما املك فلا تواخذني فيما
لا املك يعني زيادة المحبة ولا فصل فيما روينا والقديمة والجديدة
سواء لاطلاق ما روينا ولان القسم من حقوق النكاح ولا تفاوت
بينهن في ذلك والاختيار في مقدار الدور الى الزوج لان المستحق هو
التسوية دون طريقها والتسوية المستحقة في البيتوتة لا في المجامعة
لانها تبتني على النشاط وان كانت احديهما حرة والاخرى امة فللحرة
الثلثان من القسم وللامة الثلث بذلك ورد الاثر ولان حل الامة
انقص من حل الحرة فلا بد من اظهار النقصان في الحقوق والمكاتبة
والمدبرة وام الولد بمنزلة الامة لان الرق فيهن قايم قال ولا حق
لهن في القسم حالة السفر فيسافر الزوج بمن شاء منهن والاولى ان
يقرع بينهن فيسافر بمن خرجت قرعتها وقال الشافعي رحمه الله
القرعة مستحقة لما روي ان النبي عليه السلام كان اذا اراد سفرا
اقرع بين نسائه الا انا نقول ان القرعة لتطييب قلوبهن فيكون
من باب الاستحباب وهذا لانه لا حق للمراة عند مسافرة الزوج الا
ترى ان له ان لا يستصحب واحدة منهن فكذا له ان يسافر بواحدة منهن
ولا يحتسب عليه بتلك المدة وان رضيت احدى الزوجات بترك قسمها
لصاحبتها جاز لان سودة بنت زمعة رضي الله عنها سألت رسول
الله عليه السلام ان يراجعها وتجعل يوم نوبتها لعايشة رضي الله عنها
ولها ان ترجع في ذلك لانها اسقطت حقا لم يجب بعد فلا يسقط

كتاب الرضاع

قال رحمه الله قليل الرضاع وكثيره اذا

حصل في مدة الرضاع تعلق به التحريم وقال الشافعي رحمه الله لا يثبت
التحريم الا بخمس رضعات لقوله عليه السلام لا تحرم المصة والمصتان
ولا الاملاجة ولا الاملاجتان ولنا قوله تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم وقوله
عليه السلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب من غير فصل ولان الحرمة و
ان كانت لشبهة البعضية الثابتة بنشوز العظم وانبات اللحم لكنه امر
مبطن فيتعلق الحكم بفعل الارضاع وما رواه مردود بالكتاب او منسوخ
وينبغي ان يكون في مدة الرضاع على ما نبين ثم مدة الرضاع ثلاثون
شهرا عند ابي حنيفة وقالا سنتان وهو قول الشافعي وقال زفر ثلاثة
احوال لان الحول حسن للتحول من حال الى حال ولا بد من الزيادة على الحولين
لما نبين فيقدر به ولهما قوله تعالى وحمله وفصاله ثلاثون شهرا وادنى
الحمل ادناها ستة اشهر فبقي للفصال حولان وقال عليه السلام
لا رضاع بعد حولين وله هذه الآية ووجهه انه تعالى ذكر شيئين وضرب
لهما مدة فكانت لكل واحد منهما بكمالها كالاجل المضروب للدينين الا انه
قام المنقص في احدهما فبقي في الثاني على ظاهره ولانه لا بد من تغير الغذا
لينقطع الانبات باللبن وذلك بزيادة مدة يتعود فيها غيره فقدرت
بادنى مدة الحمل لانها مغيرة فان غذا الجنين يغاير غذاء الرضيع كما يغاير
غذاء الفطيم والحديث محمول على مدة الاستحقاق وعليه يحمل النص
المقيد بحولين في الكتاب واذا مضت مدة الرضاع لم يتعلق بالرضاع
تحريم لقوله عليه السلام لا رضاع بعد الفصال ولان الحرمة باعتبار
النشو وذلك في المدة اذ الكبير لا يتربى به ولا يعتبر الفطام قبل المدة
الا في رواية عن ابي حنيفة اذا استغنى عنه ووجهه انقطاع النشو
بتغير الغذا وهل يباح الارضاع بعد المدة قد قيل لا يباح لان اباحته
ضرورية لكونه جزء الآدمي قال ويحرم من الرضاع ما يحرم من النسب
للحديث الذي روينا الا ام اخته من الرضاعة فانه يجوز ان يتزوجها ولا
يجوز ان يتزوج ام اخته من النسب لانها تكون امه او موطوءة ابيه بخلاف
الرضاع ويجوز تزوج اخت ابنه من الرضاع ولا يجوز ذلك من النسب لانه
لما وطي امها حرمت عليه ولم يوجد هذا المعنى في الرضاع وامراة ابيه او
امراة ابنه من الرضاع لا يجوز ان يتزوجها كما لا يجوز ذلك من النسب لما
روينا وذكر الاصلاب في النص لاسقاط اعتبار التبني على ما بيناه ولبن

الفحل يتعلق به التحريم وهو ان ترضع المراة صبية فتحرم هذه الصبية على زوجها
وعلى ابائه وابنائه ويصير الزوج الذي نزل لها منه اللبن ابا للمرضعة وفي احد
قولي الشافعي رحمه الله لبن الفحل لا يحرم لان الحرمة لشبهة البعضية واللبن
بعضها لا بعضه ولنا ما روينا والحرمة بالنسب من الجانبين فكذا بالرضاع
وقال عليه السلام لعايشة رضي الله عنها ليلج عليك افلح فانه عمك
من الرضاعة ولانه سبب لنزول اللبن منها فيضاف اليه في موضع الحرمة
احتياطا ويجوز ان يتزوج الرجل باخت اخيه من الرضاع لانه يجوز ان يتزوج
باخت اخيه من النسب وذلك مثل الاخ من الاب اذا كانت له اخت من امه
جاز لاخيه من ابيه ان يتزوجها وكل صبيين اجتمعا على ثدي واحدة لم يجز
لاحدهما ان يتزوج الاخرى هذا هو الاصل لان امهما واحدة فهما اخ
واخت ولا يتزوج المرضعة احدا من ولد التي ارضعت لانه اخوها ولا ولد
ولدها لانه ولد اخيها ولا يتزوج الصبي المرضع اخت زوج المرضعة لانها
عمته من الرضاعة واذا اختلط اللبن بالماء واللبن هو الغالب تعلق به
التحريم خلافا للشافعي رحمه الله هو يقول انه موجود فيه حقيقة ونحن
نقول المغلوب غير موجود حكما حتى لا يظهر في مقابلة الغالب كما في اليمين
وان اختلط بالطعام لم يتعلق به التحريم وان كان اللبن غالبا بها يتعلق
به التحريم قال رضي الله عنه قولهما فيما لم تمسه النار حتى لو طبخ
لا يتعلق به التحريم في قولهم جميعا لهما ان العبرة للغالب كما في الماء اذا لم
يغيره شيء عن حاله ولابي حنيفة رضي الله عنه ان الطعام اصل واللبن تابع
له في حق المقصود فصار كالمغلوب ولا معتبر بتقاطر اللبن الطعام عنده
هو الصحيح لان التغذي بالطعام هو الاصل وان خلط بالدواء واللبن
غالب تعلق به التحريم لان اللبن يبقى مقصودا فيه اذ الدواء لتقويته على
الوصول واذا اختلط اللبن بلبن الشاة وهو الغالب تعلق به التحريم
وان غلب لبن الشاة لم يتعلق به التحريم اعتبارا للغالب كما في الماء واذا
اختلط لبن امراتين تعلق التحريم باغلبهما عند ابي يوسف لان الكل صار
واحدا فيجعل الاقل تابعا للاكثر في بناء الحكم عليه وقال محمد وزفر يتعلق
التحريم بهما لان الجنس لا يغلب الجنس فان الشيء لا يصير مستهلكا في جنسه لاتحاد
المقصود وعن ابي حنيفة في هذا روايتان واصل المسالة في الايمان واذا نزل
للبكر لبن فارضعت صبيا تعلق به التحريم لاطلاق النص ولانه سبب النشو

تثبت

فتثبت به شبهة البعضية واذا حلب لبن المراة بعد موتها فاوجر الصبي تعلق به
التحريم خلافا للشافعي هو يقول الاصل في ثبوت الحرمة انما هو المراة ثم
يتعدى الى غيرها بواسطتها وبالموت لم تبق محلا لها ولهذا لا يوجب
وطؤها حرمة المصاهرة ولنا ان السبب هو شبهة الجزئية وذلك في اللبن
لمعنى الانشاز والانبات وهو قايم باللبن وهذه الحرمة تظهر في الميتة
دفنا وتيمما اما الحرمة في الوطي لكونه ملاقيا لمحل الحرث وقد زال بالموت
فافترقا واذا احتقن الصبي باللبن لم يتعلق به التحريم وعن محمد رحمه الله
انه يثبت به الحرمة كما يفسد به الصوم ووجه الفرق على الظاهر ان المفسد
في الصوم اصلاح البدن ويوجد ذلك في الدوا اما المحرم في الرضاع معنى
النشو ولا يوجد ذلك في الاحتقان لان المغذي وصوله من الاعلى واذا
نزل للرجل لبن فارضع به صبيا لم يتعلق به التحريم لانه ليس بلبن على
التحقيق فلا يتعلق به النشو والنمو وهذا لان اللبن انما يتصور ممن
يتصور منه الولادة واذا شرب صبيان من لبن شاة لم يتعلق به التحريم
لانه لا جزئية بين الادمي والبهايم والحرمة باعتبارها واذا تزوج الرجل
صغيرة وكبيرة فارضعت الكبيرة الصغيرة حرمتا على الزوج لانه يصير
جامعا بين الام والبنت رضاعا وذلك حرام كالجمع بينهما نسبا ثم ان لم
يدخل بالكبيرة فلا مهر لها لان الفرقة جاءت من قبلها قبل الدخول بها وللصغيرة
نصف المهر لان الفرقة وقعت لا من جهتها والارتضاع وان كان فعلا
منها لكن فعلها غير معتبر في اسقاط حقها كما اذا قتلت مورثها ويرجع به
الزوج على الكبيرة اذا كانت تعمدت الفساد وان لم تتعمد فلا شي عليها
وان علمت بان الصغيرة امراته وعن محمد رحمه الله انه يرجع في الوجهين
والصحيح ظاهر الرواية لانها وان اكدت ما كان على شرف السقوط وهو
نصف المهر وذلك يجري مجرى الاتلاف لكنها مسببة فيه اما لان الا
رضاع ليس بافساد النكاح وضعا وانما ثبت ذلك باتفاق الحال او
لان فساد النكاح ليس بسبب لالزام المهر بل هو سبب لسقوطه الا ان
نصف المهر يجب بطريق المتعة على ما عرف لكن من شرطه ابطال النكاح
واذا كانت مسببة يشترط فيه التعدي كحفر البير ثم انما يكون متعدية
اذا علمت بالنكاح وقصدت بالارضاع الفساد اما اذا لم تعلم بالنكاح
او علمت بالنكاح ولكنها قصدت دفع الجوع والهلاك من الصغيرة دون الفساد

لا يكون متعدية لانها مامورة بذلك فلو علمت بالنكاح ولم تعلم الفساد
لا يكون متعدية ايضا وهذا منا اعتبار الجهل لدفع قصد الفساد لا لدفع
الحكم ولا تقبل في الرضاع شهادة النساء منفردات وانما يثبت بشهادة
رجلين او رجل وامرأتين وقال مالك رحمه الله تثبت بشهادة امرأة
واحدة اذا كانت موصوفة بالعدالة لان الحرمة حق من حقوق الشرع
فتثبت بخبر الواحد كمن اشترى لحما فاخبره واحد انه ذبيحة المجوسي ولنا ان
ثبوت الحرمة لا يقبل الفصل عن زوال الملك في باب النكاح وابطال الملك
لا يثبت الا بشهادة رجلين بخلاف اللحم لان حرمة التناول تنفك عن زوال
الملك فاعتبر امرا دينيا والله اعلم

كتاب الطلاق

باب طلاق السنة

قال رضي الله عنه قال الطلاق على ثلاثة
اوجه حسن واحسن وبدعي فالاحسن ان يطلق الرجل امرأته تطليقة وا
حدة في طهر لم يجامعها فيه ويتركها حتى تنقضي عدتها لان الصحابة رضي
الله عليهم كانوا يستحبون ان لا يزيدوا في الطلاق على واحدة حتى تنقضي
العدة وان هذا افضل عندهم من ان يطلق الرجل ثلاثا عند كل طهر
واحدة ولانه ابعد من الندامة واقل ضررا بالمرأة ولا خلاف لاحد في الكراهة
والحسن هو طلاق السنة وهو ان يطلق المدخول بها ثلاثا في ثلاثة اطهار
وقال مالك رحمه الله انه بدعة ولا يباح الا واحدة لان الاصل في الطلاق
هو الحظر والاباحة لحاجة الخلاص وقد اندفعت بالواحدة ولنا قوله عليه
السلام في حديث ابن عمر رضي الله عنهما ان من السنة ان تستقبل الطهر
استقبالا فتطلقها لكل قرء تطليقة ولان الحكم يدار على دليل الحاجة وهو
الاقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة وهو الطهر الخالي عن الجماع فالحاجة
كالمتكررة نظرا الى دليلها ثم قيل الاولى ان يؤخر الايقاع الى اخر الطهر
احترازا عن تطويل العدة والاظهر انه يطلقها كما طهرت لانه لو اخر ربما
يجامعها ومن قصده التطليق فيبتلى بالايقاع عقيب الوقاع وطلاق
البدعة ان يطلقها ثلاثا بكلمة واحدة او ثلاثا في طهر واحد واذا فعل
ذلك وقع الطلاق وكان عاصيا وقال الشافعي رحمه الله كل طلاق
مباح لانه تصرف مشروع حتى يستفاد به الحكم والمشروعية لا تجامع الحظر
بخلاف الطلاق في حالة الحيض لان المحرم تطويل العدة عليها لا الطلاق
ولنا ان الاصل في الطلاق هو الحظر لما فيه من قطع النكاح الذي تعلقت
به المصالح الدينية والدنياوية والاباحة للحاجة الى الخلاص ولا حاجة
الى الجمع بين الثلاث وهي في المفرق على الاطهار ثابتة نظرا الى دليلها والحاجة
في نفسها باقية فامكن تصوير الدليل عليها والمشروعية في ذاته من حيث انه
ازالة الرق لا تنافي الحظر لمعنى في غيره وهو ما ذكرناه وكذا ايقاع الثنتين في
الطهر الواحد بدعة لما قلنا واختلفت الرواية في الواحدة البائنة قال في
الاصل انه اخطأ السنة لانه لا حاجة الى اثبات صفة زائدة في الخلاص
وهي البينونة وفي الزيادات انه لا يكره للحاجة الى الخلاص ناجزا والسنة
في الطلاق من وجهين سنة في الوقت وسنة في العدد يستوي فيه المد
خول بها وغير المدخول بها وقد ذكرناها والسنة في الوقت تثبت في المدخول
بها خاصة وهو ان يطلقها في طهر لم يجامعها فيه لان المراعى دليل الحاجة
وهو الاقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة وهو الطهر الخالي عن الجماع
اما زمان الحيض زمان النفرة وبالجماع مرة في الطهر تفتر الرغبة وغير المدخول
بها تطلقها في حالة الطهر والحيض خلافا لزفر رحمه الله هو يقيسها على المد
خول بها ولنا ان الرغبة في غير المدخول بها صادقة لا تقل بالحيض ما لم يحصل
مقصوده منها وفي المدخول بها تتجدد بالطهر فاذا كانت المرأة لا تحيض
من صغر او كبر فاراد ان يطلقها ثلاثا للسنة طلقها واحدة فاذا مضى
شهر طلقها اخرى فاذا مضى شهر طلقها اخرى لان الشهر في حقها قائم
مقام الحيض قال الله تعالى واللائي يئسن من المحيض من نسائكم
الى ان قال واللائي لم يحضن والاقامة في حق الحيض خاصة حتى يقدر
الاستبراء في حقها بالشهر وهو بالحيض لا بالطهر ثم ان كان الطلاق في
اول الشهر يعتبر الشهور بالاهلة وان كان في وسط فبالايام في حق
التفريق وفي حق العدة كذلك عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يكمل
الاول بالاخير والمتوسطان بالاهلة وهي مسئلة الاجارات قال
ويجوز ان يطلقها ولا يفصل بين وطئها وطلاقها بزمان وقال زفر
رحمه الله يفصل بينهما بشهر لقيامه مقام الحيض ولان بالجماع تفتر
الرغبة وانما تتجدد بزمان ولنا انه لا يتوهم الحبل فيها والكراهية
في ذوات الحيض باعتباره لان عند ذلك يشتبه وجه العدة والرغبة
وان كانت تفتر من الوجه الذي ذكر تكثر من الوجه الاخر لانه يرغب في وطء
غير معلق فرارا عن مؤن الولد وكان الزمان زمان الرغبة وصار كزمان

الحبل وطلاق الحامل يجوز عقيب الجماع لانه لا يؤدي الى اشتباه وجه العدة
وزمان الحبل زمان الرغبة في الوطي لكونه غير معلق او فيها لمكان ولده منها
فلا تقل الرغبة بالجماع ويطلقها للسنة ثلاثا يفصل بين كل تطليقتين بشهر
عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد وزفر لا يطلقها للسنة الا واحدة
لان الاصل في الطلاق الحظر وقد ورد الشرع بالتفريق على فصول العدة
والشهر في حق الحامل ليس من فصولها وصار كالممتد طهرها ولهما ان الاباحة
بعلة الحاجة والشهر دليلها كما في حق الآيسة والصغيرة وهذا لانه زمان
تجدد الرغبة على ما عليه الجبلة السليمة فصلح علما ودليلا بخلاف
الممتد طهرها لان العلم في حقها الطهر وهو مرجو فيها في كل زمان ولا
يرجى مع الحبل واذا طلق الرجل امراته في حالة الحيض وقع الطلاق لان
النهي عنه لمعنى في غيره وهو ما ذكرنا فلا ينعدم مشروعيته ويستحب
له ان يراجعها لقوله عليه السلام مر ابنك فليراجعها وقد طلقها في حالة
الحيض وهذا يفيد الوقوع والحث على الرجعة ثم الاستحباب قول بعض
المشايخ والاصح انه واجب عملا بحقيقة الامر ورفعا للمعصية بالقدر
الممكن برفع اثره وهي العدة ودفعا لضرر تطويل العدة قال فاذا طهرت
وحاضت ثم طهرت فان شا طلقها وان شا امسكها قال رضي الله عنه
وهكذا ذكر في الاصل وذكر الطحاوي انه يطلقها في الطهر الذي يلي الحيضة
قال ابو الحسن الكرخي ما ذكره الطحاوي قول ابي حنيفة وما ذكر في الاصل
قولهما ووجه المذكور في الاصل ان السنة ان يفصل بين طلاقين بحيضة
كملا والفاصل هنا بعض الحيضة فيكمل بالثانية ولا تتجزى فيتكامل ووجه
القول الآخر ان اثر الطلاق قد انعدم بالمراجعة فصار كانه لم يطلقها
في الحيض فيسن تطليقها في الطهر الذي يليه ومن قال لامراته وهي من ذوات
الحيض وقد دخل بها انت طالق ثلاثا للسنة ولا نية له فهي طالق عند
كل طهر تطليقة لان اللام فيه للوقت ووقت السنة طهر لا جماع فيه وان
نوى ان يقع الثلاث الساعة او عند راس كل شهر واحدة فهو على ما نوى سوا
كانت في حالة الحيض او في حالة الطهر وقال زفر لا يصح نية الجمع
لانه بدعة وهو ضد السنة ولنا انه محتمل لفظه لانه سني وقوعا ان لم يكن
ان وقوعه بالسنة لا ايقاعا فلم يتناوله مطلق كلامه وينتظمه عند نيته
وان كانت آيسة او من ذوات الاشهر وقعت الساعة واحدة وبعد شهر اخرى

وبعد شهر اخرى لان الشهر في حقها دليل الحاجة كالطهر في حق ذوات الاقراء
على ما بينا وان نوى ان يقع الثلاث الساعة وقعن عندنا لما قلنا بخلاف
ما اذا قال انت طالق للسنة ولم ينص على الثلاث حيث لا يصح نية الجملة
فيه لان نية الثلاث انما صحت فيه من حيث ان اللام فيه للوقت فيفيد
تعميم الوقت ومن ضرورته تعميم الواقع فيه فاذا نوى الجمع بطل تعميم
الوقت فلا يصح نية الثلاث والله اعلم **فصل** ويقع
طلاق كل زوج اذا كان عاقلا بالغا ولا يقع طلاق الصبي والمجنون و
النايم لقوله عليه السلام كل طلاق جائز الا طلاق الصبي والمجنون و
لان الاهلية بالعقل المميز وهما عديما العقل والنايم عديم الاختيار و
طلاق المكره واقع خلافا للشافعي هو يقول ان الاكراه لا يجامع الاختيار
وبه يعتبر التصرف الشرعي بخلاف الهازل لانه مختار في التكلم بالطلاق
ولنا انه قصد ايقاع الطلاق في منكوحته في حال اهليته فلا يعرى
عن قضيته دفعا للحاجة اعتبارا بالطايع وهذا لانه عرف الشرين و
اختار اهونهما وهذا آية القصد والاختيار الا انه غير راض بحكمه وذلك
غير مخل به كالهازل وطلاق السكران واقع واختيار الكرخي والطحاوي
انه لا يقع وهو احد قولي الشافعي لان صحة القصد بالعقل وهو زايل
العقل وصار كزواله بالبنج والدواء ولنا انه زال بسبب هو معصية
فجعل باقيا حكما زجرا له حتى لو شرب فصدع وزال عقله بالصداع
نقول انه لا يقع طلاقه وطلاق الاخرس واقع بالاشارة لانها صارت
معهودة فاقيمت مقام العبارة دفعا للحاجة وسياتيك وجوهه في آخر
الكتاب ان شا الله تعالى وطلاق الامة ثنتان حرا كان زوجها او عبدا
وطلاق الحرة ثلاث حرا كان زوجها او عبدا وقال الشافعي رحمه الله
عدد الطلاق معتبر بحال الرجال لقوله عليه السلام الطلاق بالرجال
والعدة بالنسا ولان صفة المالكية كرامة والآدمية مستدعية لها
ومعنى الآدمية في الحر اكمل فكانت مالكيته ابلغ واكثر ولنا قوله عليه السلام
طلاق الامة ثنتان وعدتها حيضتان ولان حل المحلية نعمة في حقها وللرق
اثر في تنصيف النعم الا ان العقدة لا تتجزى فتكاملت عقدتين وتاويل ما
رويناه ان الايقاع بالرجال واذا تزوج العبد امراة وقع طلاقه ولا يقع
طلاق مولاه على امراته لان ملك النكاح حق العبد فيكون الاسقاط اليه

دون المولى والله اعلم

باب ايقاع الطلاق

قال رحمه الله الطلاق على ضربين صريح وكناية فالصريح قوله انت طالق ومطلقة وطلقتك فهذا يقع به الطلاق الرجعي لان هذه الالفاظ تستعمل في الطلاق ولا تستعمل في غيره فكان صريحا وانه يعقب الرجعة بالنص ولا يفتقر الى النية لانه صريح فيه لغلبة الاستعمال وكذا اذا نوى الابانة لانه قصد تنجيز ما علقه الشرع بانقضاء العدة فيرد عليه ولو نوى الطلاق عن وثاق لم يدين في القضاء لانه خلاف الظاهر ويدين فيما بينه وبين الله تعالى لانه يحتمله ولو نوى به الطلاق عن العمل لم يدين في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى لان الطلاق لرفع القيد وهو غير مقيد بالعمل وعن ابي حنيفة انه يدين فيما بينه وبين الله تعالى لانه يستعمل للتخليص ولو قال انت مطلقة بتسكين الطاء لا يكون طلاقا الا بالنية لانها غير مستعملة فيه عرفا فلم يكن صريحا ولا يقع به الا واحدة وان نوى اكثر من ذلك وقال الشافعي رحمه الله يقع ما نوى لانه يحتمله لفظه فان ذكر الطالق لغة كذكر العالم ذكر للعلم ولهذا يصح قران العدد به فيكون نصبا على التفسير ولنا انه نعت فرد حتى قيل للمثنى طالقان وللثلاث طوالق فلا يحتمل العدد لانه ضده وذكر الطالق ذكر الطلاق هو صفة للمراة لا الطلاق هو تطليق والعدد الذي يقرن به نعت لمصدر محذوف معناه طلاقا ثلاثا كقولك اعطيته جزيلا اي عطاء جزيلا واذا قال انت الطلاق او انت طالق الطلاق او انت طالق طلاقا فان لم يكن له نية او نوى واحدة او ثنتين فهي واحدة رجعية وان نوى ثلاثا فثلاث ووقوع الطلاق باللفظة الثانية والثالثة ظاهر لانه لو ذكر النعت وحده يقع به الطلاق فاذا ذكره وذكر المصدر معه وانه يزيده وكادة اولى ولنا وقوعه باللفظة الاولى فلان المصدر يذكر ويراد به الاسم يقال رجل عدل اي عادل فصار بمنزلة قوله انت طالق وعلى هذا لو قال انت طلاق يقع به الطلاق ايضا ولا يحتاج فيه الى النية ويكون رجعيا لما بينا انه صريح الطلاق لغلبة الاستعمال فيه وتصح نية الثلاث لان المصدر يحتمل العموم والكثرة لانه اسم جنس فيعتبر بسائر اسماء الاجناس فيتناول الادنى مع احتمال الكل ولا تصح نية الثنتين فيها خلافا لزفر هو يقول ان الثنتين بعض الثلاث فلما صحت نية الثلاث صحت نية بعضها ضرورة ونحن نقول نية الثلاث انما صحت لكونها جنسا حتى لو كانت

المراة امة تصح نية الثنتين باعتبار معنى الجنسية اما الثنتان في حق الحرة عدد واللفظ لا يحتمل العدد وهذا لان معنى التوحد مراعى في الفاظ الوحدان وذلك بالفردية والجنسية والمثنى بمعزل عنهما ولو قال انت طالق الطلاق وقال اردت بقولي طالق واحدة وبقولي الطلاق اخرى يصدق لان كل واحد منهما صالح للايقاع فكانه قال انت طالق وطالق فيقع رجعيتان اذا كانت مدخولا بها ولو اضاف الطلاق الى جملتها او الى ما يعبر به عن الجملة وقع الطلاق لانه اضيف الى محله وذلك مثل ان يقول انت طالق لان التاء ضمير المراة او يقول رقبتك طالق او عنقك او روحك او بدنك او جسدك او فرجك او راسك او وجهك لانه يعبر بها عن جميع البدن اما الجسد والبدن فظاهر وكذا غيرهما قال الله تعالى فتحرير رقبة مومنة وقال الله فظلت اعناقهم لها خاضعين وقال عليه السلام لعن الله الفروج على السروج ويقال فلان راس القوم ويا وجه العرب وهلك روحه بمعنى نفسه ومن هذا القبيل الدم في رواية يقال دمه هدر ومنه النفس وهو ظاهر وكذلك ان طلق جزءا شائعا منها مثل ان يقول نصفك او ثلثك لان الشائع محل لسائر التصرفات كالبيع وغيره فكذا يكون محلا للطلاق الا انه لا يتجزى في حق الطلاق فيثبت في الكل ضرورة ولو قال يدك طالق او رجلك طالق لم يقع الطلاق وقال زفر والشافعي يقع وكذا الخلاف في كل جزء معين لا يعبر به عن جميع البدن لهما انه جزء مستمتع بعقد النكاح وما هذا حاله يكون محلا للطلاق فيثبت الحكم فيه قضية للاضافة ثم يسري الى الكل كما في الجزء الشائع بخلاف ما اذا اضيف اليه النكاح لان التعدي ممتنع اذ الحرمة في سائر الاجزاء تغلب الحل في هذا الجزء وفي الطلاق الامر على القلب ولنا انه اضاف الطلاق الى غير محله فيلغو كما اذا اضافه الى ريقها او ظفرها وهذا لان محل الطلاق ما يكون فيه القيد لانه ينبئ عن رفع القيد ولا قيد في اليد ولهذا لا يصح اضافة النكاح اليه بخلاف الجزء الشائع لانه محل للنكاح عندنا حتى يصح اضافته اليه وكذا يكون محلا للطلاق واختلفوا في الظهر والبطن والاظهر انه لا يصح لانه لا يعبر بهما عن جميع البدن وان طلقها نصف تطليقة او ثلثها كانت طالقا تطليقة واحدة لان الطلاق لا يتجزى وذكر بعض ما لا يتجزى كذكر الكل وكذا الجواب في كل جزء سماه لما بينا ولو قال لها انت طالق

ثلاثة انصاف تطليقتين فهي طالق ثلاثا لان نصف التطليقتين تطليقة
فاذا جمع بين ثلاثة انصاف يكون ثلاث تطليقات ضرورة ولو قال انت
طالق ثلاثة انصاف تطليقة قيل يقع تطليقتان لانها طلقة ونصف
فيتكامل وقيل يقع ثلاث تطليقات لان كل نصف يتكامل في نفسه فيصير
ثلاثا ولو قال انت طالق من واحدة الى ثنتين فهي واحدة ولو قال من واحدة
الى ثلاث او ما بين واحدة الى ثلاث فهي ثنتان فهذا عند ابي حنيفة
وقالا في الاولى هي ثنتان وفي الثاني ثلاث وقال زفر في الاولى لا
يقع شيء وفي الثانية يقع واحدة وهو القياس لان الغاية لا تدخل تحت
المضروب له الغاية كما لو قال بعت منك من هذا الحائط الى هذا الحائط
وجه قولهما وهو الاستحسان ان مثل هذا الكلام متى ذكر في العرف
يراد به الكل كما تقول لغيره خذ من مالي من درهم الى مائة ولابي حنيفة
ان المراد به الاكثر من الاقل والاقل من الاكثر فانهم يقولون سني من ستين
الى سبعين او ما بين ستين الى سبعين ويريدون ما ذكرناه واراده الكل
فيما طريقه طريق الاباحة كما ذكرنا والاصل في الطلاق الحظر ثم الغاية الاولى
لا بد ان تكون موجودة ليترتب عليها الثانية ووجودها بوقوعها بخلاف
البيع لان الغاية فيه موجودة قبل البيع ولو نوى واحدة يدين ديانة
لا قضاء لانه محتمل كلامه لكنه خلاف الظاهر ولو قال انت طالق
واحدة في ثنتين ونوى الضرب والحساب او لم يكن له نية فهي واحدة
وقال زفر رحمه الله يقع ثنتان لعرف الحساب وهو قول الحسن بن زياد
رحمه الله ولنا ان عمل الضرب في تكثير الاجزاء لا في زيادة المضروب
وتكثر اجزاء التطليقة لا يوجب تعددها فان نوى واحدة وثنتين فهي
ثلاث لانه يحتمله فان حرف الواو للجمع والظرف يجمع الى المظروف ولو
كانت غير مدخول بها تقع واحدة كما في قوله واحدة وثنتين وان نوى واحدة
مع ثنتين يقع الثلاث لان كلمة في تاتي بمعنى مع كما في قوله تعالى فادخلي
في عبادي اي مع عبادي ولو نوى الظرف يقع واحدة لان الطلاق لا
يصلح ان يكون ظرفا فيلغو ذكر الثاني ولو قال اثنتين في اثنتين
ولو نوى الضرب والحساب فهي ثنتان وعند زفر رحمه الله ثلاث
قضيته ان يكون اربعا لكن لا مزيد للطلاق على الثلاث وعند الحسن
للمذكور الاقل على ما بيناه ولو قال انت طالق من ههنا الى الشام فهي

واحدة يملك الرجعة وقال زفر رحمه الله هي بائنة لانه وصف الطلاق بالطول
وقلنا لا بل وصفه بالقصر لانه متى وقع الطلاق في مكان وقع في
الاماكن كلها ولو قال انت طالق بمكة او في مكة فهي طالق في الحال في كل
البلاد وكذلك قوله انت طالق في الدار لان الطلاق لا يتخصص بمكان
دون مكان وان عنى به اذا اتيت مكة يصدق ديانة لا قضاء لانه نوى
الاضمار وهو خلاف الظاهر وكذا اذا قال انت طالق وانت مريضة وان
نوى اذا مرضت لم يدين في القضاء ولو قال انت طالق اذا دخلت مكة لم
تطلق حتى يدخل مكة لانه علقه بالدخول ولو قال في دخولك الدار
يتعلق بالفعل للمقاربة بين الشرط والظرف فيحمل عليه عند تعذر الظرف
والله اعلم فصل في اضافة الطلاق الى الزمان ولو قال
انت طالق غدا وقع عليها الطلاق بطلوع الفجر لانه وصفها بالطلاق في جميع الغد
وذلك بوقوعه في اول جزء منه ولو نوي به آخر النهار صدق ديانة لا قضاء لانه نوى
التخصيص في العموم وهو يحتمله مخالفا للظاهر ولو قال انت طالق اليوم غدا
او غدا اليوم يوخذ باول الوقتين الذي تفوه به فيقع في الاولى في اليوم وفي
الثاني في الغد لانه لما قال اليوم كان تنجيزا والمنجز لا يحتمل الاضافة واذا قال
غدا كان اضافة والمضاف لا يتنجز لما فيه من ابطال الاضافة فلغي اللفظ الثاني
في الفصلين ولو قال انت طالق في غد وقال نويت اخر النهار دين في القضاء
عند ابي حنيفة وقالا لا يدين في القضاء خاصة لانه وصفها بالطلاق في جميع
الغد فصار بمنزلة قوله غدا على ما بيناه ولهذا يقع في اول جزء منه عند عدم
النية وهذا لانه حذف في واثباتها سواء لانه ظرف في الحالين ولابي حنيفة
انه نوى حقيقة كلامه لان كلمة في للظرف والظرفية لا تقتضي الاستيعاب
وتعين الجزء الاول ضرورة عدم المزاحم فاذا عين آخر النهار كان التعيين
القصدي اولى بالاعتبار من الضروري بخلاف قوله غدا لانه يقتضي
الاستيعاب حيث وصفها بهذه الصفة مضافا الى جميع الغد نظيره اذا
قال والله لاصومن عمري ونظير الثاني والله لاصومن في عمري وعلى هذا
الدهر وفي الدهر ولو قال انت طالق امس وقد تزوجها اليوم لم يقع شيء
لانه اسنده الى حالة معهودة منافية لمالكية الطلاق فيلغو كما اذا قال
انت طالق قبل ان اخلق ولانه يمكن تصحيحه اخبارا عن عدم النكاح او عن
كونها مطلقة بتطليق غيره من الازواج ولو تزوجها اول من امس وقع الساعة

وثبت التخصيص في العموم حيث كما لو قال لا اكل طعاما ونوى طعاما دون طعام كما في

لانه ما اسنده الى حالة منافية ولا يمكن تصحيحه اخبارا ايضا وكان انشاء
ولا انشاء في الماضي انشاء في الحال فيقع الساعة ولو قال انت طالق قبل ان
اتزوجك لم يقع شيء لانه اسنده الى حالة منافية فصار كما اذا قال
طلقتك وانا صبي او نائم او يصح اخبارا على ما ذكرنا ولو قال انت طالق
ما لم اطلقك او متى لم اطلقك او متى ما لم اطلقك وسكت طلقت
لانه اضاف الطلاق الى زمان خال عن التطليق وقد وجد حيث سكت
وهذا لان كلمة متى ومتى ما صريح في الوقت لانهما من ظروف الزمان وكذا
كلمة ما قال الله تعالى ما دمت حيا اي وقت الحيوة ولو قال انت طالق
ان لم اطلقك لم تطلق حتى يموت لان العدم لا يتحقق الا باليأس عن
الحيوة وهو الشرط كما في قوله ان لم آت البصرة وموتها بمنزلة موته هو
الصحيح ولو قال انت طالق اذا لم اطلقك او اذا ما لم اطلقك لم تطلق
حتى يموت عند ابي حنيفة وقالا يطلق حين سكت لان كلمة اذا للوقت
قال الله تعالى اذا الشمس كورت وقال قائلهم واذا تكون كريهة ادعى
لها واذا يحاس الحيس يدعى جندب وصار بمنزلة متى ومتى ما ولهذا لو قال
لامرأته انت طالق اذا شئت لا يخرج الامر من يدها بالقيام من المجلس كما في
قوله متى شئت ولابي حنيفة انه يستعمل في الشرط ايضا قال قائلهم واستغن
ما اغناك ربك بالغنى واذا تصبك خصاصة فتجمل فان اريد به الشرط لم تطلق
في الحال وان اريد به الوقت تطلق فلا تطلق بالشك والاحتمال بخلاف مسئلة
المشية لانه على اعتبار انه للوقت لا يخرج الامر من يدها وعلى اعتبار
انه للشرط يخرج والامر صار في يدها فلا يخرج بالشك وهذا الخلاف فيما اذا
لم يكن له نية اما اذا نوى الوقت يقع في الحال ولو نوى الشرط يقع في اخر العمر
لان اللفظ يحتملهما ولو قال انت طالق ما لم اطلقك انت طالق
فهي طالق هذه التطليقة معناه قال ذلك موصولا به والقياس ان يقع
المضاف فيقعان ان كانت مدخولا بها وهو قول زفر رحمه الله لانه وجد
زمان لم يطلقها فيه وان قل وهو زمان قوله انت طالق قبل ان يفرغ
منها وجه الاستحسان ان زمان البر مستثنى عن اليمين بدلالة حاله لان
البر هو المقصود ولا يمكنه تحقيق البر الا ان يجعل هذا القدر مستثنى ولهذا
من حلف لا يسكن هذه الدار فاشتغل بالنقلة من ساعته واخواته على
ما يأتيك في الايمان ان شاء الله تعالى ومن قال لامرأته يوم اتزوجك

فانت طالق فتزوجها ليلا طلقت لان اليوم يذكر ويراد به بياض النهار فيحمل
عليه اذا قرن بفعل يمتد كالصوم والامر باليد لانه يراد به المعيار وهذا
اليق به ويذكر ويراد به مطلق الوقت قال الله تعالى ومن يولهم يومئذ
دبره والمراد به مطلق الوقت فيحمل عليه اذا قرن بفعل لا يمتد والطلاق
من هذا القبيل فينتظم الليل والنهار ولو قال عنيت به بياض النهار
خاصة دين في القضاء لانه نوى حقيقة كلامه والليل لا يتناول الا
السواد والنهار يتناول البياض خاصة هو اللغة فصل
ومن قال لامرأته انا منك طالق فليس بشيء وان نوى طلاقا ولو
قال انا منك باين او عليك حرام ينوي الطلاق فهي طالق وقال
الشافعي رحمه الله يقع الطلاق في الوجه الاول ايضا اذا نوى لان
ملك النكاح مشترك بين الزوجين حتى ملكت المطالبة بالوطي كما يملك
هو المطالبة بالتمكين وكذا الحل مشترك بينهما والطلاق وضع لازالتهما
فيصح مضافا اليه كما صح مضافا اليها كما في الابانة والتحريم ولنا ان
الطلاق لازالة القيد وهو فيها دون الزوج الا ترى انها هي الممنوعة
عن التزوج والخروج ولو كان لازالة الملك فهو عليها لانها مملوكة والزوج
مالك ولهذا سميت منكوحة بخلاف الابانة لانها لازالة الوصلة
وهي مشتركة وبخلاف التحريم لانه لازالة الحل وهو مشترك فصحت
اضافتهما اليهما ولا يصح اضافة الطلاق الا اليها ولو قال انت طالق واحدة
او لا فليس بشيء قال رضي الله عنه كذا ذكر في الجامع الصغير من غير
خلاف وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله اخرا وعلى قول محمد
وهو قول ابي يوسف اولا تطلق واحدة رجعية ذكر قول محمد رحمه الله
في كتاب الطلاق فيما اذا قال لامرأته انت طالق واحدة او لا شيء ولا
فرق بين المسئلتين ولو كان المذكور هنا قول الكل فعن محمد رحمه الله
روايتان له انه ادخل الشك في الواحدة لدخول كلمة او بينها وبين النفي
فيسقط اعتبار الواحدة ويبقى قوله انت طالق بخلاف قوله انت طالق
او لا لانه ادخل الشك في اصل الايقاع فلا يقع ولهما ان الوصف متى
قرن بالعدد كان الوقوع بذكر العدد الا ترى انه لو قال لغير المدخول بها انت
طالق ثلاثا تطلق ثلاثا ولو كان الوقوع بالوصف للغا ذكر الثلاث
وهذا لان الواقع في الحقيقة انما هو المنعوت المحذوف معناه انت طالق

تطليقة واحدة على ما مر به واذا كان الواقع ما كان العدد نعتا له كان المنكر
داخلا في الايقاع فلا يقع شيء ولو قال انت طالق مع موتي او مع موتك
فليس بشيء لانه اضاف الطلاق الى حالة منافية له لان موته ينافي الاهلية
وموتها ينافي المحلية ولابد منهما واذا ملك امراته او شقصا منها او ملكت
المراة زوجها او شقصا منه وقعت الفرقة للمنافاة بين المالكية والمملوكية اما ملكها
اياه فللمنافاة الاجتماع بين المالكية والمملوكية واما ملكه اياها فلان
ملك النكاح ضروري ولا ضرورة مع قيام ملك اليمين فينتفي ولو اشتراها
ثم طلقها لم يقع شيء لان الطلاق يستدعي قيام النكاح ولا بقاء له مع
المنافي لا من وجه ولا من كل وجه وكذا اذا ملكته او شقصا منه لا يقع
الطلاق لما قلنا من المنافاة وعن محمد رحمه الله انه يقع لان العدة واجبة
بخلاف الفصل الاول لانه لا عدة هنا لك حتى حل وطيها له وان قال
لها وهي امة لغيره انت طالق ثنتين مع عتق مولاك اياك فاعتقها
ملك الزوج الرجعة لانه علق التطليق بالاعتاق او العتق لان اللفظ
ينتظمهما والشرط ما يكون معدوما على خطر الوجود وللحكم تعلق به
والمذكور بهذه الصفة والمعلق به التطليق لان في التعليقات يصير
التصرف تطليقا عند الشرط عندنا واذا كان التطليق معلقا بالا
عتاق والعتق يوجد بعده ثم الطلاق يوجد بعد التطليق فيكون
الطلاق متاخرا عن العتق فيصادفها وهي حرة فلا تحرم حرمة غليظة
بالثنتين يبقى سران كلمه مع القران قلنا قد تذكر للتاخر كما في قوله
تعالى فان مع العسر يسرا ان مع العسر يسرا فيحمل عليه بدليل ما ذكرنا
من معنى الشرط ولو قال اذا جاء غد فانت طالق ثنتين وقال المولى
اذا جاء غد فانت حرة فجاء الغد لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره وعدتها ثلاث
حيض وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد زوجها يملك الرجعة
لان الزوج قرنه بالايقاع باعتاق المولى حيث علقه بالشرط الذي علق به
المولى وانما ينعقد المعلق سببا عند الشرط والعتق يقارن الاعتاق
لانه علته اصله الاستطاعة مع الفعل فيكون التطليق مقارنا للعتق
ضرورة فتطلق بعد العتق فصار كالمسألة الاولى ولهذا يقدر عدتها
بثلاث حيض ولهما انه علق الطلاق بما علق به المولى العتق ثم العتق
يصادفها وهي امة وكذا الطلاق والطلقتان تحرمان الامة حرمة

غلط

غليظة بخلاف المسألة الاولى لانه علق التطليق باعتاق المولى فيقع الطلاق
بعد العتق على ما قررناه وبخلاف العدة لانه يؤخذ فيها بالاحتياط وكذا الحرمة
الغليظة يؤخذ فيها بالاحتياط ولا وجه الى ما قاله محمد لان العتق لو كان
يقارن الاعتاق لانه علته فالطلاق يقارن التطليق لانه علته فيقترنان
والله اعلم **فصل في تشبيه الطلاق ووصفه** ومن قال لامراته
انت طالق هكذا يشير بالابهام والسبابة والوسطى فهي ثلاث لان الا
شارة بالاصابع يفيد العلم بالعدد في مجرى العادة اذا اقترنت بالعدد
المبهم قال عليه السلام الشهر هكذا وهكذا وهكذا الحديث وان
اشار بواحدة فهي واحدة وان اشار بثنتين فهي ثنتان لما قلنا والاشارة
تقع بالمنشورة منها وقيل اذا اشار بواحدة فهي واحدة بظهورها فبا
لمضمومة منها واذا كان يقع الاشارة بالمضمومتين يصدق ديانة لا قضاء
وكذا اذا نوى الاشارة بالكف حتى تقع في الاولى ثنتان ديانة وفي
الثانية لانه يحتمله لكنه خلاف الظاهر ولو لم يقل هكذا يقع واحدة
لانه لم يقترن بالعدد المبهم فبقي الاعتبار لقوله انت طالق واذا وصف
الطلاق بضرب من الشدة والزيادة كان باينا مثل ان يقول انت
طالق باين او البتة وقال الشافعي رحمه الله يقع رجعية اذا كان
بعد الدخول لان الطلاق شرع معقبا للرجعة وكان وصفه بالبينونة
خلاف المشروع فيلغو كما اذا قال انت طالق على ان لا رجعة لي عليك
ولنا انه وصفه بما يحتمله الا ترى ان البينونة قبل الدخول وبعد العدة
تحصل به فيكون هذا الوصف لتعيين احد المحتملين ومسالة الرجعة
ممنوعة فتقع واحدة باينة اذا لم تكن له نية او نوى الثنتين اما اذا
نوى الثلث فثلث لما مر من قبل ولو عنى بقوله انت طالق واحدة وبقوله
باين او البتة اخرى يقع تطليقتان باينتان لان هذا الوصف يصلح
لابتداء الايقاع وكذا اذا قال انت طالق افحش الطلاق لانه انما يوصف
بهذا الوصف باعتبار اثره وهو البينونة في الحال فصار كقوله باين
وكذا اذا قال اخبث الطلاق او اسوأه لما ذكرنا وكذا اذا قال طلاق
الشيطان او طلاق البدعة لان الرجعي هو السنة فيكون البدعة وطلاق
الشيطان باينا وعن ابي يوسف رحمه الله في قوله انت طالق للبدعة انه لا
يكون باينا الا بالنية لان البدعة قد يكون من حيث الايقاع في حالة الحيض

بالمنشورة [illegible] صح

فلا بد من النية وعن محمد رحمه الله انه اذا قال انت طالق للبدعة او طلاق
الشيطان يكون رجعيا لان هذا الوصف قد يتحقق بالطلاق في حالة
الحيض فلا تثبت البينونة بالشك وكذا اذا قال كالجبل لان التشبيه
به يوجب زيادة لا محالة وذلك باثبات زيادة الوصف وكذا
اذا قال مثل الجبل لما قلنا وقال ابو يوسف رحمه الله يكون رجعيا
لان الجبل شيء واحد فكان تشبيها في توحيده ولو قال لها انت طالق
اشد الطلاق او كالف او ملء البيت فهي واحدة بائنة الا ان ينوي
ثلاثا اما الاول فلانه وصفه بالشدة وهو البائن لانه لا يحتمل الا
نتقاض والارتفاض اما الرجعي فيحتمله وانما تصح نية الثلاث لذكره
المصدر واما الثاني فلانه قد يراد بهذا التشبيه في القوة تارة
وفي العدد اخرى يقال هذا الف رجل ويراد به القوة فيصح نية الامرين
وعند فقدانها يثبت اقلهما وعن محمد رحمه الله انه يقع الثلاث عند عدم
النية لانه عدد فيراد به التشبيه في العدد ظاهرا فصار كما اذا قال
انت طالق كعدد الف واما الثالث فلان الشيء قد يملأ البيت بعظمه
في نفسه وقد يملؤه لكثرته فاي ذلك نوى صحت نيته وعند انعدام
النية يثبت الاقل ثم الاصل عند ابي حنيفة انه متى شبه الطلاق بشيء
يقع بائنا اي شيء كان المشبه به ذكر العظم او لم يذكر لما مر ان التشبيه
يقتضي زيادة وصف وعند ابي يوسف رحمه الله ان ذكر العظم
اولم يذكر للعظم يكون بائنا والا فلا اي شيء كان المشبه به لان التشبيه
قد يكون في التوحيد على التجريد اما ذكر العظم فللزيادة لا محالة
وعند زفر ان كان المشبه به مما يوصف بالعظم عند الناس يقع بائنا
والا فهي رجعية وقيل محمد مع ابي حنيفة رحمه الله وقيل مع ابي يوسف
وبيانه في قوله مثل راس الابرة مثل عظم راس الابرة مثل الجبل مثل
عظم الجبل ولو قال لها انت طالق تطليقة شديدة او عريضة
او طويلة فهي واحدة بائنة لان ما لا يمكن تداركه يشتد عليه وهو البائن
وما يصعب تداركه يقال لهذا الامر طول وعرض وعن ابي يوسف رحمه الله
انه يقع بها رجعية لان هذا الوصف لا يليق به ولو نوى الثلاث في هذه
الفصول صحت نيته لتنوع البينونة على ما مر والواقع بها بائن فصل في
الطلاق قبل الدخول واذا طلق الرجل امراته ثلاثا قبل الدخول وقعن عليها

لان الواقع مصدر محذوف لان معناه طلاقا ثلاثا على ما بينا فلم يكن
قوله انت طالق ايقاعا على حدة فيقعن جملة فان فرق الطلاق بانت بالاولى
ولم يقع بالثانية وذلك مثل ان يقول انت طالق طالق طالق لان
كل واحد ايقاع على حدة اذا لم يذكر في اخر كلامه ما يغير صدره حتى يتوقف
عليه فيقع الاولى في الحال فتصادفها الثانية وهي مبانة وكذا اذا قال
انت طالق واحدة وواحدة كان باطلا لانه قرن الوصف بالعدد وكان
الواقع هو العدد واذا ماتت قبل ذكر العدد فات المحل قبل الايقاع
فبطل وكذا اذا قال انت طالق ثنتين او ثلاثا لما بينا وهذه تجانس
ما قبلها من حيث المعنى ولو قال لها انت طالق واحدة قبل واحدة او
بعدها واحدة وقعت واحدة والاصل انه متى ذكر شيئين وادخل بينهما
حرف الظرف ان قرنها بهاء الكناية كان صفة للمذكور اخرا كقوله جاءني
زيد قبله عمرو وان لم يقرنها بها كان صفة للمذكور اولا كقوله جاءني
زيد قبل عمرو وايقاع الطلاق في الماضي ايقاع في الحال لان الاسناد
ليس في وسعه فالقبلية في قوله انت طالق واحدة قبل واحدة صفة
للاولى فتبين بها فلا تقع الثانية والبعدية في قوله بعدها واحدة
صفة للاخيرة فحصلت الابانة بالاولى ولو قال انت طالق واحدة
قبلها واحدة يقع ثنتان لان القبلية صفة للثانية لاتصالها
بحرف الكناية فاقتضى ايقاعها في الماضي وايقاع الاولى في الحال
غير ان الايقاع في الماضي ايقاع في الحال فيقترنان فيقعان وكذا اذا
قال انت طالق واحدة بعد واحدة يقع ثنتان لان البعدية صفة
للاولى فاقتضى ايقاع الواحدة في الحال وايقاع الاخرى قبل هذه
فيقترنان ولو قال انت طالق واحدة مع واحدة او معها واحدة يقع
ثنتان لان كلمة مع للقران وعن ابي يوسف رحمه الله في قوله معها واحدة
يقع واحدة لان الكناية يستدعي سبق المكني عنه لا محالة وفي المدخول بها
يقع ثنتان في الوجوه كلها لقيام المحلية بعد وقوع الاولى ولو قال لها
ان دخلت الدار فانت طالق واحدة وواحدة فدخلت وقعت عليها
واحدة عند ابي حنيفة وقالا يقع ثنتان وان قال لها انت طالق واحدة
وواحدة ان دخلت الدار فدخلت طلقت ثنتين لهما ان حرف الواو للجمع المطلق
فيحتمل القران والترتيب على اعتبار الثاني لا يقع الا واحدة كما اذا نجز

بهذه اللفظة فلا يقع الزايد على الواحدة بالشك بخلاف ما اذا اخر
الشرط لانه مغير صدر الكلام فيتوقف الاول عليه فيقعن جملة ولا
مغير فيما اذا قدم الشرط فلم يتوقف ولو عطف بحرف الفا فهو على هذا
الخلاف فيما ذكر الكرخي وذكر الفقيه ابو الليث رحمه الله انه يقع
واحدة بالاتفاق لان الفا للتعقيب وهو الاصح واما الضرب الثاني
وهو الكنايات لا يقع بها الطلاق الا بالنية او بدلالة الحال لانها غير
موضوعة للطلاق بل تحتمله وغيره فلا بد من التعيين او دلالته قال
رحمه الله وهي على ضربين منها ثلثة الفاظ يقع بها طلاق رجعي ولا يقع
بها الا واحدة وهي قوله اعتدي استبري رحمك وانت واحدة اما
الاولى فلانها تحتمل الاعتداد عن النكاح وتحتمل اعتداد نعم الله تعالى
فان نوى الاول تعين بنيته فيقتضي طلاقا سابقا والطلاق يعقب
الرجعة واما الثانية فلانها تستعمل بمعنى الاعتداد لانه تصريح بما
هو المقصود منه وكان بمنزلته ويحتمل الاستبرا ليطلقها واما
الثالثة فلانها تحتمل ان تكون نعتا لمصدر محذوف معناه تطليقة
واحدة فاذا نواه جعل كانه قاله والطلاق يعقب الرجعة ويحتمل
غيره وهو ان تكون واحدة عنده او عند قومها ولما احتملت هذه
الالفاظ الطلاق وغيره يحتاج فيه الى النية ولا يقع الا واحدة لان قوله
انت طالق فيها مظهر او مضمر ولو كان مظهرا لا يقع بها الا واحدة
فاذا كان مضمرا اولى وفي قوله انت واحدة ان صار المصدر مذكورا
لكن التنصيص على الواحدة ينافي نية الثلاث ولا معتبر باعراب
الواحدة عند عامة المشايخ هو الصحيح لان العوام لا يميزون بين وجوه
الاعراب قال وبقية الكنايات اذا نوى بها الطلاق كانت
واحدة باينة وان نوى ثلاثا كان ثلاثا وان نوى ثنتين كانت واحدة
وهذا مثل قوله انت باين وبتة وبتلة وحرام وحبلك على غاربك
والحقي باهلك وخلية وبرية ووهبتك لاهلك وسرحتك وفارقتك
وامرك بيدك واختاري وانت حرة وتقنعي وتخمري واستتري واغربي واخرجي
واذهبي وقومي وابتغي الازواج لانها تحتمل الطلاق وغيره فلا بد من
النية قال الا ان يكون في حال مذاكرة الطلاق فيقع بها الطلاق
في القضا ولا يقع فيما بينه وبين الله تعالى الا ان ينويه قال

عنه سوى بهذه الالفاظ وهذا فيما لا يصلح ردا والجملة في ذلك ان
الاحوال ثلاثة حالة مطلقة وهي حالة الرضا وحالة مذاكرة الطلاق
وحالة الغضب والكناية ثلاثة اقسام ما يصلح جوابا وردا وما يصلح
جوابا لا ردا وما يصلح جوابا ويصلح سبا وشتيمة ففي حالة الرضا لا يكون
شي منها طلاقا الا بالنية فالقول قوله لا النية لما قلنا وفي حال مذاكرة الطلاق
لم يصدق فيما يصلح جوابا ولا ردا في القضا مثل قوله خلية برية باين
بتة حرام اعتدي امرك بيدك اختاري لان الظاهر ان مراده الطلاق
عند سوال الطلاق ويصدق فيما يصلح جوابا وردا مثل قوله اخرجي
اذهبي قومي تقنعي تخمري وما يجري هذا المجرى لانه احتمل الرد وهو الادنى
فحمل عليه وفي حالة الغضب يصدق في جميع ذلك لاحتمال الرد او
السب الا فيما يصلح للطلاق ولا يصلح للرد والشتم كقوله اعتدي
واختاري وامرك بيدك فانه لا يصدق فيها لان الغضب يدل على ارادة الطلاق
وعن ابي يوسف رحمه الله في قوله لا ملك لي عليك ولا سبيل لي عليك
وخليت سبيلك وفارقتك انه يصدق في حالة الغضب لما فيها من
احتمال معنى السب ثم وقوع الباين بما سوى الثلاثة الاول مذهبنا
وقال الشافعي رحمه الله يقع بها رجعي لان الواقع بها طلاق لانها
كنايات عن الطلاق ولهذا تشترط النية وينتقص به العدد والطلاق
معقب للرجعة كالصريح ولنا ان تصرف الابانة صدر من اهله مضافا
الى المحل عن ولاية شرعية ولا خفا في الاهلية والمحلية والدلالة على
الولاية ان الحاجة ماسة الى اثباتها كيلا ينسد عليه باب التدارك
ولا يقع في عهدتها بالمراجعة من غير قصد وليست بكنايات على التحقيق
لانها عوامل في حقايقها والشرط تعيين احد نوعي البينونة دون الطلاق
وانتقاص العدد لثبوت الطلاق بنا على زوال الوصلة وانما تصح نية
الثلاث فيها لتنوع البينونة الى غليظة وخفيفة وعند انعدام النية
يثبت الادنى ولا تصح نية الثنتين عندنا خلافا لزفر رحمه الله لانه عدد
وقد بيناه من قبل وان قال لها اعتدي اعتدي اعتدي وقال نويت بالاولى طلاقا
وبالباقي حيضا دين في القضا لانه نوى حقيقة كلامه ولانه يامر
امراته في العادة بالاعتداد بعد الطلاق فكان الظاهر شاهدا له وان
قال لم انو بالباقي شيا فهي ثلث لانه لما نوى بالاولى الطلاق صار الحال

دني

الطلاق ح

والبينونة نوعان غليظة لا تحتمل الوصل وخفيفة تحتمل الوصل وذلك نوع يقتضي ... المنفية ... النية ... اللفظ الثلث ... المتيقن وهو المتيقنة ... اذا اريد اللفظ فقد نوى احد نوعي الجنس صحت نيته
برهان

حال مذاكرة الطلاق فتعين الباقيان للطلاق بهذه الدلالة ولا يصدق
في نفي النية بخلاف ما اذا قال لها نويت بالكل الطلاق حيث لا يقع شيء لانه
لا ظاهر يكذبه وبخلاف ما اذا قال نويت بالثلاث الطلاق دون الاولى
حيث لا يقع الا واحدة لان الحال عند الاولى لم يكن حال مذاكرة الطلاق
وفي كل موضع يصدق الزوج على نفي النية انما يصدق مع اليمين لانه امين في
الاخبار عما في ضميره والقول قول الامين مع اليمين والله اعلم باب
تفويض الطلاق فصل في الاختيار قال رحمه الله واذا قال لامرأته
اختاري ينوي بذلك الطلاق او قال لها طلقي نفسك فلها ان تطلق نفسها
ما دامت في مجلسها ذلك فان قامت منه او اخذت في عمل آخر خرج الامر
من يدها لان المخيرة لها المجلس باجماع الصحابة رضي الله عنهم ولانه تمليك
الفعل منها والتمليكات تقتضي جوابا في المجلس كما في البيع لان ساعات
المجلس اعتبرت ساعة واحدة الا ان المجلس تارة يتبدل بالذهاب عنه ومرة
بالاشتغال بعمل آخر اذ مجلس الاكل غير مجلس المناظرة ومجلس القتال غيرهما
ويبطل خيارها بمجرد القيام لانه دليل الاعراض بخلاف الصرف والسلم
لان المعتبر هنالك الافتراق من غير قبض ثم لا بد من النية في قوله اختاري
لانه يحتمل تخييرها في نفسها ويحتمل تخييرها في تصرف آخر غيره فان اختارت
نفسها في قوله اختاري كانت واحدة بائنة والقياس ان لا يقع بهذا
شيء وان نوى الزوج الطلاق لانه لا يملك الايقاع بهذه اللفظة فلا
يملك التفويض الى غيره الا انا استحسنا لاجماع الصحابة رضي الله عنهم
ولانه بسبيل من ان يستديم نكاحها او يفارقها فيملك اقامتها مقام نفسه
في حق هذا الحكم ثم الواقع بها باين لان اختيارها نفسها بثبوت اختصاصها
بها وذلك في البائن ولا يكون ثلاثا وان نوى الزوج ذلك لان الاختيار
لا يتنوع بخلاف الابانة لان البينونة تتنوع ولا بد من ذكر النفس في كلامه
او كلامها حتى لو قال لها اختاري فقالت قد اخترت فهو باطل لانه
عرف بالاجماع وهو في المفسرة من احد الجانبين ولان المبهم لا يصلح تفسيرا
للمبهم ولا تعيين مع الابهام ولو قال اختاري نفسك فقالت
اخترت يقع واحدة بائنة لان كلامه مفسر وكلامها خرج جوابا فيتضمن
اعادته وكذا لو قال اختاري فقالت اخترت لانها في الاعتبار تبنى
على الاتحاد والانفراد واختيارها نفسها هو الذي يتحد مرة ويتعدد اخرى

فصار

فصار مفسرا من جانبها ولو قال لها اختاري فقالت اخترت نفسي يقع الطلاق
اذا نوى الزوج لان كلامها مفسر وما نواه الزوج من محتملات كلامه ولو
قال لها اختاري فقالت انا اختار نفسي فهي طالق والقياس ان لا
تطلق لان هذا مجرد وعد او يحتمله فصار كما اذا قال لها طلقي نفسك
فقالت انا اطلق نفسي وجه الاستحسان حديث عائشة رضي الله عنها
فانها قالت لا بل اختار الله ورسوله واعتبره النبي عليه السلام جوابا
منها ولان هذه الصيغة حقيقة في الحال وتجوز في الاستقبال كما في
كلمة الشهادة واداء الشاهد بخلاف قولها اطلق نفسي لانه تعذر حمله
على الحال لانه ليس حكاية عن حالة قائمة ولا كذلك قولها انا اختار نفسي
لانه حكاية عن حالة قائمة وهو اختيارها نفسها ولو قال لها اختاري
اختاري اختاري فقالت اخترت الاولى او الوسطى او الاخيرة طلقت
ثلاثا في قول ابي حنيفة ولا يحتاج الى نية الزوج وقالا تطلق واحدة
وانما لا يحتاج الى النية لدلالة التكرار عليه اذ الاختيار في حق الطلاق
هو الذي يتكرر لهما ان ذكر الاولى وما يجري مجراه ان كان لا يفيد
من حيث الترتيب يفيد من حيث الافراد فيعتبر فيما يفيد وله ان
هذا وصف لغو لان المجتمع في الملك لا ترتب فيه كالمجتمع في المكان والكلام
للترتيب والافراد من ضروراته فاذا لغا في حق الاصل لغا في حق البناء ولو
قالت اخترت اختيارة فهي ثلاث في قولهم جميعا لانها للمرة فصار كالتصريح
بها ولان الاختيارة للتأكيد وبدون التأكيد يقع الثلاث فمع التأكيد
اولى ولو قالت طلقت نفسي او اخترت نفسي بتطليقة فهي
واحدة لا يملك الرجعة لان هذا اللفظ يوجب الانطلاق بعد انقضاء
العدة فكأنها اختارت نفسها بعد انقضاء العدة ولو قال لها
امرك بيدك في تطليقة او اختاري تطليقة فاختارت نفسها فهي
واحدة يملك الرجعة لانه جعل لها الاختيار لكن بتطليقة
وهي معقبة للرجعة فصل في الامر باليد وان قال لها
امرك بيدك ينوي ثلاثا فقالت اخترت نفسي بواحدة فهي ثلاث لان
الاختيار يصلح جوابا للامر باليد لكونه تمليكا كالتخيير والواحدة صفة
للاختيارة فصارت كأنها قالت اخترت نفسي بمرة واحدة وبذلك يقع
الثلاث ولو قالت قد طلقت نفسي واحدة او اخترت نفسي بتطليقة

واحدة بائنة لان الواحدة نعت لمصدر محذوف وهو في الاولى الاختيارة
وفي الثانية التطليقة الا انها تكون بائنة لان التفويض في البائن ضرورة
ملكها امرها وكلامها خرج جوابا له فتصير الصفة المذكورة في التفويض
مذكورة في الايقاع وانما تصح نية الثلاث في قوله امرك بيدك لانه
يحتمل العموم والخصوص ونية الثلاث نية التعميم بخلاف قوله اختاري
لانه لا يحتمل العموم وقد حققناه من قبل ولو قال لها امرك بيدك
اليوم وبعد غد لم يدخل فيه الليل وان ردت الامر في يومها بطل امر
ذلك اليوم وكان في يدها بعد غد لانه صرح بذكر وقتين بينهما وقت
من جنسهما لم يتناوله الامر اذ ذكر اليوم بعبارة الفرد لا يتناول الليل
فكانا امرين فبرد احدهما لا يرتد الاخر وقال زفر رحمه الله هما امر واحد
بمنزلة قوله انت طالق اليوم وبعد غد قلنا الطلاق لا يحتمل
التأقيت والامر باليد يحتمله فتوقت الامر بالاول وجعل الثاني امرا
مبتدأ ولو قال امرك بيدك اليوم وغدا يدخل الليل في ذلك وان
ردت الامر في يومها لا يبقى الامر في يدها في الغد لان هذا امر واحد
لانه لم يتخلل بين الوقتين المذكورين وقت من جنسهما لم يتناوله الكلام
وقد يهجم الليل ومجلس المشورة لا ينقطع فصار كما اذا قال امرك بيدك
في يومين وعن ابي حنيفة انها اذا ردت الامر في اليوم لها ان تختار نفسها
غدا لانها لا تملك رد الامر كما لا تملك رد الايقاع ووجه الظاهر انها اذا
اختارت نفسها اليوم لا يبقى لها الخيار في الغد فكذا اذا اختارت زو
جها برد الامر لان المخير بين الشيئين لا يملك الا اختيار احدهما وعن ابي
يوسف رحمه الله انه اذا قال امرك بيدك اليوم وامرك بيدك غدا انهما
امران لما انه ذكر لكل وقت خبرا بخلاف ما تقدم وان قال امرك بيد
يوم يقدم فلان فلم تعلم بقدومه حتى جن الليل فلا خيار لها
لان الامر باليد مما يمتد فيحمل اليوم المقرون به على بياض النهار وقد
حققناه من قبل فيتوقت به ثم ينقضي بانقضاء وقته وان جعل امرها
بيدها او خيرها فمكثت يوما لم تقم فالامر في يدها ما لم تأخذ في عمل
اخر لان هذا تمليك التطليق منها لان المالك من يتصرف برأي نفسه
وهي بهذه الصفة والتمليك يقتصر على المجلس وقد بيناه ثم ان
كانت تسمع يعتبر مجلسها ذلك وان كان لا تسمع فمجلس علمها وبلوغ
الخبر

الخبر اليها لان هذا تمليك فيه معنى التعليق فيتوقف على ما وراء المجلس
ولا يعتبر مجلسه لان التعليق لازم في حقه بخلاف البيع لانه تمليك
محض لا يشوبه التعليق واذا اعتبر مجلسها فالمجلس تارة يتبدل بالتحول
ومرة بالاخذ في عمل اخر على ما بينا في الخيار ويخرج الامر من يدها
بمجرد القيام يفرق الراي بخلاف ما اذا مكثت يوما لم تقم ولم تاخذ
في عمل اخر لان المجلس قد يطول وقد يقصر فيبقى الى ان يوجد ما يقطعه
او يدل على الاعراض وقوله مكثت يوما ليس للتقدير به وقوله
ما لم تاخذ في عمل اخر يراد به عمل يعرف انه قطع لما كان فيه لا مطلق العمل
ولو كانت قائمة فجلست فهي على خيارها لانه دليل الاقبال فان
القعود اجمع للرأي وكذا اذا كانت قاعدة فاتكأت او متكئة فقعدت
لان هذا انتقال من جلسة الى جلسة فلا يكون اعراضا كما اذا كانت محتبية
فتربعت قال رضي الله عنه هذا رواية الجامع الصغير وذكر في
غيره انها اذا كانت قاعدة فاتكأت لا خيار لها لان الاتكاء اظهار التهاون
بالامر فكان اعراضا والاول هو الاصح ولو كانت قاعدة فاضطجعت
ففيه روايتان عن ابي يوسف رحمه الله ولو قالت ادعو ابي استشيره
او شهودا اشهدهم فهي على خيارها لان الاستشارة لتحري الصواب
عن الجحود والاشهاد للتحرز عن الجحود فلا يكون دليل الاعراض وان كانت
تسير على دابة او في محمل فوقفت فهي على خيارها وان سارت بطل
خيارها لان سير الدابة ووقوفها مضاف اليها والسفينة بمنزلة البيت
لان سيرها غير مضاف الى راكبها الا ترى انه لا يقدر على ايقافها وراكب
الدابة يقدر **فصل في المشيئة** ومن قال لامرأته طلقي نفسك
ولا نية له او نوى واحدة فقالت طلقت نفسي فهي واحدة رجعية
وان طلقت نفسها ثلاثا وقد اراد الزوج ذلك وقعن عليها وهذا
لان قوله طلقي معناه افعلي فعل الطلاق وهو اسم جنس فيقع على
الادنى مع احتمال الكل كسائر اسماء الاجناس فلهذا تعمل فيه نية الثلاث
وينصرف الى الواحدة عند عدمها وتكون الواحدة رجعية لان المفوض
اليها صريح الطلاق ولو نوى الثنتين لا تصح لانه نية العدد الا اذا
كانت المنكوحة امة لانه جنس في حقها وان قال لها طلقي نفسك فقالت
ابنت نفسي طلقت ولو قالت قد اخترت لم تطلق لان الابانة من الفاظ

الطلاق الا ترى انه لو قال لها ابنتك ينوي الطلاق او قال ابنت نفسي
فقال الزوج قد اجزت ذلك بانت وكانت موافقة للتفويض في الاصل
لا انها زادت فيه وصفا وهو تعجل الابانة فيلغوا الوصف الزايد و
يثبت الاصل كما اذا قالت طلقت نفسي تطليقة باينة وينبغي ان تقع
تطليقة رجعية بخلاف الاختيار لانه ليس من الفاظ الطلاق الا ترى انه
لو قال لامراته اخترتك واختاري ينوي الطلاق لم يقع ولو قالت ابتدا
اخترت نفسي فقال الزوج قد اجزت لا يقع شي الا انه عرف طلاقا بالاجماع
اذا حصل جوابا للتخيير وقوله طلقي ليس بتخيير فيلغوا وعن ابي حنيفة
انه لا يقع بقولها ابنت شي لانها اتت بغير ما فوض اليها اذ الابانة تغاير
الطلاق وان قال لها طلقي نفسك فليس له ان يرجع عنه لان فيه
معنى اليمين لانه تعليق الطلاق بتطليقها واليمين تصرف لازم ولو
قامت من مجلسها بطل لانه تمليك بخلاف ما اذا لو قال لها طلقي ضرتك
لانه توكيل وانابة فلا يقتصر على المجلس ويقبل الرجوع وان قال لها طلقي
نفسك متى شئت فلها ان تطلق نفسها في المجلس وبعده لان كلمة متى
عامة في الاوقات فصار كما اذا قال لها في اي وقت شئت فلها ان تطلق
في المجلس وبعده وله ان يرجع لانه توكيل وانه استعانة فلا يلزم ولا
يقتصر على المجلس بخلاف قوله لامراته طلقي نفسك لانها عاملة لنفسها
فكان تمليكا لا توكيلا ولو قال لها طلقها ان شئت فله ان يطلقها
في المجلس خاصة وليس للزوج ان يرجع وقال زفر رحمه الله هذا والاول سوا
لان التصريح بالمشية كعدمه لانه يتصرف عن مشيته فصار كالتوكيل بالبيع
اذا قيل له بعه ان شئت ولنا انه تمليك لانه علقه بالمشية والمالك
هو الذي يتصرف عن مشيته والطلاق يحتمل التعليق بخلاف البيع لانه لا
يحتمله وان قال لها طلقي نفسك ثلاثا فطلقت واحدة فهي واحدة لانها
ملكت ايقاع الثلاث فيملك ايقاع الواحدة ضرورة ولو قال لها
طلقي نفسك واحدة فطلقت نفسها ثلاثا لم يقع شي عند ابي حنيفة
رحمه الله وقالا يقع واحدة لانها اتت بما ملكته وزيادة فصار كما اذا طلقها
الزوج الفا ولابي حنيفة رحمه الله انها اتت بغير ما فوض اليها فكانت مبتدئة
وهذا لان الزوج ملكها الواحدة والثلاث غير الواحدة لان الثلاث اسم
لعدد مركب مجتمع والواحدة فرد لا تركيب له فكانت بينهما مغايرة على

سبيل المضادة بخلاف الزوج لانه يتصرف بحكم الملك وكذا هي في المسئلة
الاولى لانها ملكت الثلاث اما هاهنا لم تملك الثلاث وما اتت بما
فوض اليها فلغا وان امرها بطلاق يملك الرجعة فطلقت باينة او امرها
بالباين فطلقت رجعية وقع ما امر به الزوج فمعنى الاول ان يقول
لها الزوج طلقي نفسك واحدة املك الرجعة فيقول طلقت نفسي واحدة
باينة فيقع رجعية لانها اتت بالاصل وزيادة وصف كما ذكرنا
فيلغو الوصف ويبقى الاصل ومعنى الثانية ان يقول لها طلقي نفسك
واحدة باينة فيقول طلقت نفسي واحدة رجعية فيقع واحدة باينة
لان قولها واحدة رجعية طلقي نفسك واحدة باينة لغو منها لان الزوج
لما عين صفة المفوض اليها فحاجتها بعد ذلك الى ايقاع الاصل دون
تعيين الوصف فصار كانها اقتصرت على الاصل فيقع بالصفة التي
عينها الزوج باينا وان قال لها طلقي نفسك ثلاثا ان شيت فطلقت
واحدة لم يقع شي لان معناه ان شيت الثلاث وهي بايقاع الواحدة
ماشاءت الثلاث فلم يوجد الشرط ولو قال لها طلقي نفسك واحدة
ان شئت فطلقت ثلاثا فكذلك عند ابي حنيفة رحمه الله لان مشية
الثلاث ليست مشية للواحدة كايقاعها وقالا تقع واحدة لان مشية
الثلاث مشية للواحدة كما ان ايقاعها ايقاع للواحدة فوجد الشرط
ولو قال لها انت طالق ان شئت فقالت شئت ان شيت فقال شيت
ينوي الطلاق بطل الامر لانه علق طلاقها بالمشية المرسلة وهي
اتت بالمعلقة فلم يوجد الشرط وهو اشتغال بما لا يعنيها فخرج الامر
من يدها ولا يقع الطلاق بقوله شيت وان نوى الطلاق لانه ليس في
كلام المراة ذكر الطلاق ليصير الزوج شايا طلاقها والنية لا تعمل
في غير المذكور حتى لو قال لو شيت طلاقك يقع اذا نوى لانه ايقاع
مبتدا اذ المشية تنبي عن الوجود بخلاف قوله اردت طلاقك لانه لا ينبي
عن الوجود فكذا اذا قالت شئت ان شا ابي او شئت ان كان كذا الامر
لم يجي بعد لما ذكرنا ان الماتي به مشية معلقة فلا يقع الطلاق وبطل
الامر وان قالت قد شيت ان كان كذا الامر قد مضى طلقت لان التعليق
بشرط كاين تنجيز ولو قال لها انت طالق اذا شيت او اذا ما شئت او متى
شئت او متى ما شئت فردت الامر لم يكن ردا ولا يقتصر على المجلس اما كلمة

قوله لان الثلث [illegible] الواحدة لفظا
اي مكنها [illegible] اما لفظا فظاهر واما حكما
فلتضمن الواحدة [illegible] الثلث وهو دال الواحدة
[illegible] فلان [illegible] وقوع الواحدة الواقع
[illegible] وقوع الثلث بعد الوقوع
عن قوله طلقت [illegible] المغايرة بينهما [illegible] ثلاثة
عن قوله [illegible] موضوعا عما فوض اليها فيلغوا
[illegible]

متى ومتما فلانها للوقت وهي عامة في الاوقات كلها كانه قال في اي وقت
شئت فلا يقتصر على المجلس ولو ردت لم يكن ردا لانه ملكها الطلاق
في الوقت الذي شاءت فلم يكن تمليكا قبل المشية حتى يرتد بالرد ولا
تطلق نفسها الا واحدة لانها تعم الازمان دون الافعال فتملك التطليق
في كل زمان ولا تملك تطليقا بعد تطليق واما كلما اذا واذا ما
فهي ومتى سواء عندهما وعند ابي حنيفة رحمه الله ان كان يستعمل للشرط
كما يستعمل للوقت لكن الامر صار بيدها فلا يخرج بالشك وقد مر من قبل
ولو قال لها انت طالق كلما شئت فلها ان تطلق نفسها واحدة بعد واحدة
حتى تطلق نفسها ثلثا لان كلمة كلما توجب تكرار الفعل الا ان التعليق
ينصرف الى الملك القايم حتى لو عادت اليه بعد زوج اخر فطلقت نفسها
لم يقع شيء لانه ملك مستحدث وليس لها ان تطلق نفسها ثلثا في كلمة
واحدة لانها توجب عموم الانفراد لا عموم الاجتماع فلا تملك الايقاع جملة
وجمعا ولو قال لها انت طالق حيث شئت او اين شئت لم تطلق حتى تشاء
وان قامت من مجلسها فلا مشية لها لان كلمة حيث واين من اسماء المكان
والطلاق لا تعلق له بالمكان فيلغو ويبقى ذكر مطلق المشية فيقتصر
على المجلس بخلاف الزمان لان له تعلقا به حتى يقع في زمان دون زمان
فوجب اعتباره خصوصا وعموما وان قال لها انت طالق كيف شئت
طلقت تطليقة يملك الرجعة ومعناه قبل المشية فان قالت قد
شئت واحدة باينة او ثلثا وقال الزوج ذلك نويت فهو كما نوى
لان عند ذلك تثبت المطابقة بين مشيتها وارادته اما اذا ارادت ثلثا
والزوج واحدة باينة او على القلب يقع واحدة رجعية لانه لغى تصرفها
لعدم الموافقة فبقي ايقاع الزوج وان لم تحضره النية يعتبر مشيتها فيما
قالوا جريا على موجب التخيير قال رضي الله عنه قال في الاصل هذا قول
ابي حنيفة وعندهما لا يقع ما لم توقع المراة فتشاء رجعية او باينة او ثلثا
وعلى هذا الخلاف العتاق لهما انه فوض التطليق اليها على اي صفة شاءت
فلا بد من تعليق اصل الطلاق بمشيتها ليكون لها المشية في جميع الاحوال
اعني قبل الدخول وبعده ولابي حنيفة رحمه الله ان كلمة كيف للاستيصاف
يقال كيف اصبحت والتفويض في وصفه يستدعي وجود اصله ووجود
الطلاق بوقوعه وان قال لها انت طالق كم شئت او ما شئت طلقت نفسها

ما شاءت لانهما يستعملان للعدد فقد فوض اليها اي عدد شاءت فان قامت
من المجلس بطل وان ردت الامر كان ردا لان هذا امر واحد وهو خطاب
في الحال فيقتضي جوابا في الحال وان قال طلقي نفسك من ثلث ما شئت
فلها ان تطلق نفسها واحدة وثنتين ولا تطلق ثلثا عند ابي حنيفة
رحمه الله وقالا تطلق ثلثا ان شاءت لان كلمة ما محكمة في التعميم
وكلمة من قد تستعمل للتمييز فيحمل على تمييز الجنس كما اذا قال كل من
طعامي ما شئت او طلق من نسائي من شاءت ولابي حنيفة رحمه الله ان
كلمة من حقيقة للتبعيض وما للتعميم فيعمل بهما وفيما استشهدا به ترك
التبعيض لدلالة اظهار السماحة او لعموم الصفة وهي المشية حتى لو قال
من شئت كان على الخلاف والله اعلم بالصواب

باب الايمان في الطلاق

واذا اضاف الطلاق الى النكاح وقع عقيب
النكاح مثل ان يقول لامراة ان تزوجتك فانت طالق او كل امراة
اتزوجها فهي طالق وقال الشافعي رضي الله عنه لا يقع لقوله عليه
السلام لا طلاق قبل النكاح ولنا ان هذا تصرف يمين لوجود الشرط
والجزاء فلا يشترط لصحته قيام الملك في الحال لان الوقوع عند الشرط
والملك متيقن عنده وقبل ذلك اثره المنع وهو قايم بالمتصرف والحديث
محمول على نفي التنجيز والحمل ماثور عن السلف كالشعبي والزهري وغيرهما
واذا اضافه الى شرط وقع عقيب الشرط مثل ان يقول لامراته ان دخلت
الدار فانت طالق وهذا بالاتفاق لان الملك قايم في الحال والظاهر
بقاوه الى وقت الشرط فيصح يمينا او ايقاعا ولا يصح اضافة الطلاق الا
ان يكون الحالف مالكا او يضيفه الى ملك لان الجزاء لا بد ان يكون ظاهرا
ليكون مخيفا فيتحقق معنى اليمين وهو القوة والظهور باحد هذين
والاضافة الى سبب الملك بمنزلة الاضافة اليه لانه ظاهر عند سببه
وان قال لاجنبية ان دخلت الدار فانت طالق ثم تزوجها فدخلت الدار
لم تطلق لان الحالف ليس بمالك ولا اضافه الى الملك وسببه ولا بد
من واحد منهما والفاظ الشرط ان واذا واذا ما وكل وكلما ومتى ومتما
لان الشرط مشتق من العلامة وهذه الالفاظ مما يليها افعال فتكون علامات
على الحنث ثم ان حرف الشرط لانه ليس فيها معنى الوقت وما وراءها ملحق
بها وكلمة كل ليس شرطا حقيقة لان ما يليها اسم والشرط ما يتعلق به الجزاء

والاجزية تتعلق بالافعال الا انها الحقت بالشروط لتعلق الفعل بالاسم
الذي يليها مثل قولك كل عبد اشتريته فهو حر قال ففي هذه الالفاظ
اذا وجد انحلت وانتهت اليمين لانها غير مقتضية للعموم والتكرار لغة
فبوجود الفعل مرة يتم الشرط ولا بقاء لليمين بدونه الا في كلما فانها تقتضي
تعميم الافعال قال الله تعالى كلما نضجت جلودهم الاية ومن ضرورة التعميم
التكرار قال فان تزوجها بعد ذلك اي بعد زوج اخر وتكرر الشرط
لم يقع شيء لان باستيفاء الطلقات الثلاث المملوكات في هذا النكاح
لم يبق الجزاء وبقاء اليمين به وبالشرط وفيه خلاف زفر رحمه الله وسنقرره
من بعد ان شاء الله ولو دخلت على نفس التزوج بان قال كلما تزوجت امرأة
فهي طالق تحنث بكل مرة وان كان بعد زوج اخر لان انعقادها باعتبار ما
يملك عليها من الطلاق بالتزوج وذلك غير محصور قال وزوال
الملك بعد اليمين لا يبطلها لانه لم يوجد الشرط فبقي والجزاء باق لبقاء محله
فبقي اليمين ثم ان وجد الشرط في ملكه انحلت اليمين ووقع الطلاق لانه
وجد الشرط والمحل قابل للجزاء فينزل الجزاء ولا تبقى اليمين لما قلنا
وان وجد في غير الملك انحلت اليمين لوجود الشرط ولا يقع شيء لانعدام
المحلية وان اختلفا في وجود الشرط فالقول قول الزوج الا ان تقيم المرأة
البينة لانه متمسك بالاصل وهو عدم الشرط ولانه ينكر وقوع الطلاق
وزوال الملك والمرأة تدعيه فان كان الشرط لا يعلم الا من جهتها فالقول
قولها في حق نفسها مثل ان يقول ان حضت فانت طالق وفلانة فقالت
قد حضت طلقت هي ولم تطلق فلانة ووقوع الطلاق استحسان والقياس
ان لا يقع لانه شرط فلا يصدق كما في الدخول وجه الاستحسان انها امينة
في حق نفسها اذ لا يعلم ذلك الا من جهتها فيقبل قولها كما قبل في حق العدة
والغشيان لكنها شاهدة في حق ضرتها بل هي متهمة فلا يقبل قولها في حقها
وكذلك لو قال ان كنت تحبين ان يعذبك الله في نار جهنم فانت طالق
وعبدي حر فقالت احبه او قال ان كنت تحبيني فانت طالق وهذه معك
فقالت احبك طلقت ولم يعتق العبد ولا تطلق صاحبتها لما بينا ولا يتيقن
بكذبها لانها لشدة بغضها اياه قد تحب التخلص منه بالعذاب وفي حقها
ان تعلق الحكم باخبارها وان كان كاذبة ففي حق غيرها بقي الحكم على الاصل
وهو المحبة واذا قال اذا حضت فانت طالق فرأت الدم لم يقع الطلاق حتى يستمر

ثلاثة ايام لان ما ينقطع دونه لا يكون حيضا فاذا تمت ثلاثة ايام حكمنا
بالطلاق من حين حاضت لانه بالامتداد عرف انه من الرحم وكان حيضا
من الابتداء ولو قال لها اذا حضت حيضة فانت طالق لم تطلق حتى
تطهر من حيضها لان الحيضة بالهاء هي الكاملة منها ولهذا حمل عليه في حديث
الاستبراء وكمالها بانتهائها وذلك بالطهر واذا قال انت طالق اذا صمت
يوما طلقت حين تغيب الشمس في اليوم الذي تصوم لان اليوم اذا قرن بفعل
يمتد يراد به بياض النهار بخلاف ما اذا قال صمت لانه لم يقدر بمعيار وقد
وجد الصوم بركنه وشرطه ومن قال لامرأته اذا ولدت غلاما فانت طالق
واحدة واذا ولدت جارية فانت طالق ثنتين فولدت غلاما وجارية ولا
يدري ايهما اول لزمه في القضاء تطليقة وفي التنزه تطليقتان وانقضت
العدة لانها لو ولدت الغلام اولا وقعت واحدة وتنقضي عدتها بالوضع
الجارية ثم لا يقع اخرى به لانه حال انقضاء العدة ولو ولدت الجارية
اولا وقعت تطليقتان وانقضت عدتها بوضع الغلام ثم لا يقع شيء
اخر لما ذكرنا انه حال الانقضاء فاذا في حال تقع واحدة وفي حال ثنتان
فلا تقع الثانية بالشك والاولى ان تاخذ بالثنتين تنزها واحتياطا
والعدة منقضية بيقين لما بينا فان قال لها ان كلمت ابا عمرو ثم تزوجها
فكلمت ابا يوسف رحمه الله فهي طالق ثلاثا مع الواحدة الاولى وقال
زفر لا يقع وهذه على وجوه اما ان وجد الشرطان في الملك فيقع الطلاق
وهذا ظاهر او وجدا في غير الملك فلا يقع او وجد الاول في الملك والثاني
في غير الملك فلا يقع ايضا لان الجزاء لا ينزل في غير الملك او وجد الاول في
غير الملك والثاني في الملك وهي مسألة الكتاب الخلافية له ان يعتبر
الاول بالثاني اذ هما في حكم الطلاق كشيء واحد ولنا ان صحة الكلام
باهلية المتكلم الا ان الملك يشترط حالة التعليق ليصير الجزاء غالب الوجود
لاستصحاب الحال فيصح اليمين وعند تمام الشرط لينزل الجزاء لانه لا ينزل
الا في الملك وفيما بين ذلك الحال حال بقاء اليمين فيستغني عن قيام الملك
اذ بقاؤه بمحله وهو الذمة وان قال لها ان دخلت الدار فانت طالق ثلاثا
فطلقها ثنتين وتزوجت زوجا اخر ودخل بها ثم عادت الى الاول فدخلت
الدار طلقت ثلاثا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد هي طالق ما بقي من
الطلاق وهو قول زفر واصله ان الزوج الثاني يهدم ما دون الثلاث

عندهما فيعود اليه بالثلاث وعند زفر رحمه الله لا يهدم فيعود اليه
بما بقي وستبين من بعد ان شاء الله تعالى وان قال لها ان دخلت الدار
فانت طالق ثلاثا ثم قال لها انت طالق ثلاثا وتزوجت غيره ثم رجعت
الى الاول فدخلت الدار لم يقع شيء وقال زفر رحمه الله يقع الثلاث
لان الجزا ثلاث مطلق لاطلاق اللفظ وقد بقي احتمال وقوعها فيبقى
اليمين ولنا ان الجزا طلقات هذا الملك لانها هي المانعة لان الظاهر
عدم ما يحدث واليمين تعقد للمنع او الحمل واذا كان الجزا ما ذكرناه
وقد فات بتنجيز الثلاث المبطل للمحلية فلا يبقى اليمين بخلاف ما اذا
ابانها لان الجزا باق لبقاء محله ولو قال لامرأته اذا جامعتك فانت طالق
ثلاثا فجامعها فلما التقى الختانان لبث ساعة لم يجب عليه المهر وان
اخرجه ثم ادخله وجب عليه المهر وكذا اذا قال لامته اذا جامعتك
فانت حرة وعن ابي يوسف انه اوجب المهر في الفصل الاول ايضا لوجود
الجماع بالدوام عليه الا انه لا يجب عليه الحد للاتحاد وجه الظاهر
ان الجماع ادخال الفرج في الفرج ولا دوام للادخال بخلاف ما اذا اخرج
ثم اولج لانه وجد الادخال بعد الطلاق الا ان الحد لا يجب لشبهة
الاتحاد بالنظر الى المجلس والمقصود فاذا لم يجب الحد وجب العقر
اذ الوطء لا يخلو عن احدهما ولو كان الطلاق رجعيا يصير مراجعا
باللبث عند ابي يوسف خلافا لمحمد رحمهما الله لوجود المساس ولو
نزع ثم اولج صار مراجعا بالاجماع لوجود الجماع والله اعلم **فصل**
في الاستثنا واذا قال لامرأته انت طالق ان شاء الله متصلا لم يقع
الطلاق لقوله عليه السلام من حلف بطلاق او عتاق وقال ان شاء الله
متصلا به لا حنث عليه ولانه اتى بصورة الشرط فيكون تعليقا
من هذا الوجه وانه اعدام قبل الشرط والشرط لا يعلم ههنا فيكون
اعداما من الاصل ولهذا يشترط ان يكون متصلا به بمنزلة ساير الشروط
ولو سكت ثبت حكم الكلام الاول فيكون الاستثنا او ذكر الشرط
بعده رجوعا عن الاول قال وكذا اذا ماتت قبل قوله ان شاء الله لان
بالاستثنا خرج الكلام من ان يكون ايجابا والموت ينافي الموجب دون
المبطل بخلاف اذا مات الزوج لانه لم يتصل به الاستثنا وان قال
انت طالق ثلاثا الا واحدة طلقت ثنتين وان قال الا ثنتين طلقت

واحدة والاصل ان الاستثنا وان قال انت طالق ثلاثا الا واحدة طلقت
ثنتين تكلم بالحاصل بعد الثنيا هو الصحيح ومعناه انه تكلم بالمستثنى
منه اذ لا فرق بين قول القايل لفلان علي درهم وبين قوله عشرة الا
تسعة فيصح استثنا البعض من الجملة لانه يبقى التكلم بالبعض بعده و
لا يصح استثنا الكل من الكل لانه لا يبقى بعده شيء يصير متكلما به و
صارفا للفظ اليه وانما يصح اذا كان موصولا به كما ذكرنا من قبل واذا
ثبت هذا ففي الفصل الاول المستثنى منه ثنتان فيقعان وفي الثاني
واحدة فيقع واحدة ولو قال الا ثلاثا يقع الثلاث لانه استثنا الكل
من الكل فلم يصح الاستثنا **باب طلاق المريض**
واذا طلق امرأته في مرض موته طلاقا باينا فمات وهي في العدة ورثته
وان مات بعد انقضاء عدتها فلا ميراث لها وقال الشافعي
رحمه الله لا يرث في الوجهين لان الزوجية قد بطلت بهذا العارض
وهي السبب ولهذا لا يرثها اذا ماتت ولنا ان الزوجية سبب ارثها
في مرض موته والزوج قصد ابطاله فيرد عليه قصده بتاخير عمله الى
زمان انقضاء العدة دفعا للضرر عنها وقد امكن لان النكاح في العدة
يبقى في حق بعض الاثار فجاز ان يبقى في حق ارثها عنه بخلاف ما بعد
الانقضاء لانه لا امكان والزوجية في هذه الحالة ليس بسبب لارثه عنها
فيبطل في حقه خصوصا اذا رضي به وان طلقها ثلاثا بامرها او قال لها
اختاري فاختارت نفسها او اختلعت منه ثم مات وهي في العدة
لم ترثه لانها راضية بابطال حقها والتاخير لحقها وان قالت طلقني للرجعة
فطلقها ثلاثا ورثته لان الطلاق الرجعي لا يزيل النكاح فلم تكن بسواله
راضية ببطلان حقها وان قال لها في مرض موته كنت طلقتك ثلاثا في
صحتي وانقضت عدتك فصدقته ثم اقر لها بدين او اوصى لها بوصية
فلها الاقل من ذلك ومن الميراث عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف
ومحمد يجوز اقراره ووصيته وان طلقها ثلاثا في مرضه بامرها ثم اقر لها
بدين او اوصى لها بوصية فلها الاقل من ذلك ومن الميراث في قولهم
جميعا الا على قول زفر فان لها جميع ما اوصى وما اقر لان الميراث لما
بطل بسوالها زال المانع من صحة الاقرار والوصية وجه قولهما

في المسئلة الاولى انهما لما تصادقا على الطلاق وانقضا العدة صارت
اجنبية عنه فانعدمت التهمة الا ترى انه يقبل شهادته لها ويجوز
وضع الزكوة فيها بخلاف المسئلة الثانية لان العدة باقية وهي سبب
التهمة والحكم يدار على دليل التهمة ولهذا يدار على النكاح والقرابة ولا عدة
في المسئلة الاولى ولابي حنيفه رحمه الله في المسئلتين ان التهمة قايمة
لان المراة قد تختار الطلاق ليفتح باب الاقرار والوصية عليها فيزيد
حقها والزوجان قد يتواضعان على الاقرار بالفرقة وانقضا العدة
ليبرها الزوج بماله زيادة على ميراثها وهذه التهمة في الزيادة فرددنا
ها ولا تهمة في قدر الميراث فصححناه ولا مواضعة عادة في حق الزكوة
والتزوج والشهادة فلا تهمة في حق هذه الاحكام قال ومن كان
محصورا او في صف القتال فطلق امراته ثلاثا لم ترثه وان كان بارز
رجلا او قدم ليقتل في قصاص اورجم ورثت ان مات في ذلك الوجه
او قتل واصله ما بينا ان امراة الفار ترث استحسانا وانما يثبت
حكم الفرار بتعلق حقها بماله وانما يتعلق بمرض يخاف منه الهلاك غالبا
كما اذا كان صاحب الفراش وهو ان يكون بحال لا يقوم بحوايجه كما يعتاده
الاصحاب وقد يثبت بما هو في معنى المرض في توجه الهلاك الغالب وما
يكون الغالب منه السلامة لا يثبت به حكم الفرار فالمحصور والذي
في صف القتال الغالب منه السلامة لان الحصن لدفع باس العدو
وكذا المنعة فلا يثبت به حكم الفرار والذي بارز او قدم ليقتل
الغالب منه الهلاك فيتحقق به الفرار ولهذا اخوات تخرج على هذا الحرف
وقوله اذا مات في ذلك الوجه او قتل دليل على انه لا فرق بين ما اذا مات
بذلك السبب او بسبب اخر كصاحب الفراش بسبب المرض اذا قتل واذا
قال الرجل لامراته وهو صحيح اذا جاء راس الشهر او اذا دخلت الدار او اذا
صلى فلان الظهر واذا دخل فلان الدار فانت طالق فكانت هذه
الاشيا والزوج مريض لم ترث وان كان القول في المرض ورثت الا في
قوله اذا دخلت الدار وهذا على وجوه اما ان يعلق الطلاق بمجي الوقت
او بفعل الاجنبي او بفعل نفسه او بفعل المراة وكل وجه على وجهين
اما ان يكون التعليق في الصحة والشرط في المرض او كلاهما في المرض اما

الوجهان

الوجهان الاولان وهو ما اذا كان التعليق بمجي الوقت بان قال اذا جا
راس الشهر فانت طالق او بفعل الاجنبي بان قال اذا دخل فلان الدار
او صلى فلان الظهر فان التعليق والشرط في المرض فلها الميراث لان
القصد الى الفرار قد تحقق منه بمباشرة التعليق في حال تعلق حقها
بماله وان كان التعليق في الصحة والشرط في المرض لم ترث وقال زفر
رحمه الله ترث لان المعلق بالشرط ينزل عند الشرط كالمنجز فكان ايقاعا
في المرض ولنا ان التعليق السابق يصير تطليقا عند الشرط حكما
لا قصدا ولا ظلم الا عن قصد فلا يرد تصرفه واما الوجه الثالث وهو
ما اذا علقه بفعل نفسه فسوآء كان التعليق في الصحة والشرط في
المرض او كانا في المرض والفعل مما له منه بد او لا بد له منه يصير فارا
لوجود قصد الابطال اما بالتعليق او بمباشرة الشرط في المرض وان لم
يكن له من فعل الشرط بد فله من التعليق الف بد فيرد تصرفه دفعا
للضرر عنها واما الوجه الرابع وهو ما اذا علقه بفعلها فان كان التعليق
والشرط في المرض والفعل مما لها منه بد ككلام زيد ونحوه لم ترث لانها
راضية بذلك وان كان الفعل لا بد لها منه كاكل الطعام وصلوة الظهر
وكلام الابوين ترث لانها مضطرة في المباشرة لما لها في الامتناع من خوف
الهلاك في الدنيا او في العقبى ولا رضى مع الاضطرار واما اذا كان
التعليق في الصحة والشرط في المرض ان كان الفعل مما لها منه بد فلا اشكال انه لا ميراث
لها وان كان مما لا بد لها منه وكذلك الجواب عند محمد رحمه الله وهو
قول زفر لانه لم يوجد من الزوج صنع بعد ما تعلق حقها بماله وعند ابي
حنيفه وابي يوسف ترث لان الزوج الجاها الى المباشرة فينتقل
الفعل اليه كانها اله له كما في الاكراه قال واذا طلقها ثلاثا وهو
مريض ثم صح ثم مات لم ترث وقال زفر رحمه الله ترث لانه قصد
الفرار حين اوقع في المرض وقد مات وهي في العدة ولكنا نقول
المرض اذا تعقبه برء فهو بمنزلة الصحة لانه ينعدم به مرض الموت فتبين
انه لا حق يتعلق بماله فلا يصير الزوج فارا ولو طلقها فارتدت والعياذ
بالله ثم اسلمت ثم مات من مرضه وهي في العدة لم ترث وان لم ترتد
بل طاوعت ابن زوجها في الجماع ورثت ووجه الفرق انها بالردة ابطلت
اهلية الارث اذ المرتد لا يرث احدا ولا بقا له بدون الاهلية وبالمطاوعة

مابطلت الاهلية لان المحرمية لا تنافي الارث وهو الباقي بخلاف ما اذا
طاوعت في حال قيام النكاح لانها مست الفرقة فيكون راضية ببطلان
السبب وبعد الطلقات الثلاث لا تثبت الحرمة بالمطاوعة لتقدمها
عليها فافترقا ومن قذف امراته وهو صحيح ولاعن في المرض ورثت
وقال محمد رحمه الله لا ترث وان كان القذف في المرض ورثت في
قولهم جميعا وهذا ملحق بالتعليق بفعل لا بد لها منه اذ هي ملجاة
الى الخصومة لدفع عار الزنا عن نفسها وقد بينا الوجه فيه وان آلى
وهو صحيح ثم بانت بالايلاء وهو مريض لم ترث وان كان الايلاء
ايضا في المرض ورثت لان الايلاء في معنى تعليق الطلاق بمضي اربعة
اشهر خال عن الوقاع فيكون ملحقا بالتعليق بمجيء الوقت وقد ذكرنا
وجهه قال والطلاق الذي يملك فيه الرجعة ترث به في جميع
الوجوه لما بينا انه لا يزيل النكاح حتى يحل الوطء وكان السبب قائما
قال وكل ما ذكرنا انها ترث انما ترث اذا مات وهي في العدة وقد بينا
والله اعلم باب الرجعة واذا طلق
الرجل امراته تطليقة رجعية او تطليقتين فله ان يراجعها في عدتها
رضيت بذلك او لم ترض لقوله تعالى فامسكوهن بمعروف من غير فصل
ولا بد من قيام العدة لان الرجعة استدامة الملك الا ترى انه سمى امساكا
وهو الابقاء وانما يتحقق الاستدامة في العدة لانه لا ملك بعد انقضائها
والرجعة ان يقول راجعتك او راجعت امراتي وهذا صريح في الرجعة
ولا خلاف فيه بين الائمة قال او يطاها او يقبلها او يلمسها بشهوة
او ينظر الى فرجها بشهوة وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا تصح
الرجعة الا بالقول مع القدرة عليه لان الرجعة بمنزلة ابتداء النكاح
حتى يحرم وطيها وعندنا هو استدامة على ما بيناه وسنقرره ان شاء
الله والفعل قد يقع دلالة على الاستدامة كما في اسقاط الخيار و
الدلالة فعل يختص بالنكاح وهذه الافاعيل تختص به خصوصا في
الحرة بخلاف المس والنظر بغير شهوة لانه قد يحل بدون النكاح وهو
كما في القابلة والطبيب وغيرهما والنظر الى غير الفرج قد يقع من المسا
كنين والزوج يساكنها في العدة فلو كان رجعة لطلقها فتطول العدة
عليها قال ويستحب ان يشهد على الرجعة شاهدين وان لم يشهد

صحت الرجعة وقال الشافعي رحمه الله في احد قوليه لا تصح وهو قول
مالك رحمه الله لقوله تعالى واشهدوا ذوي عدل منكم والامر للايجاب
ولنا اطلاق النصوص عن قيد الاشهاد ولانه استدامة النكاح
والشهادة ليست شرطا فيه في حالة البقاء كما في الفيء في الايلاء الا انها
تستحب لزيادة الاحتياط كيلا يجري التناكر فيها وما تلاه محمول عليه
الا ترى انه قرنها بالمفارقة وهو فيها مستحب ويستحب ان يعلمها كيلا
تقع في المعصية واذا انقضت العدة فقال كنت راجعتها في العدة
وصدقته فهي رجعة وان كذبته فالقول قولها لانه اخبر عما لا يملك
انشاءه في الحال فكان متهما الا ان بالتصديق ترتفع التهمة ولا يمين
عليها عند ابي حنيفة وهي مسألة الاستحلاف في الاشياء الستة
وقد مر في كتاب النكاح واذا قال الزوج قد راجعتك فقالت مجيبة
له قد انقضت عدتي لم تصح الرجعة عند ابي حنيفة وقالا تصح الرجعة
لانها صادفت العدة اذ هي باقية ظاهرا الى ان تخبر وقد سبقته الرجعة
ولهذا لو قال طلقتك فقالت مجيبة له قد انقضت عدتي يقع الطلاق
ولابي حنيفة رحمه الله انها صادفت حالة الانقضاء لانها امينة في الاخبار
عن الانقضاء فاذا اخبرت دل ذلك على سبق الانقضاء واقرب احواله
حال قول الزوج ومسألة الطلاق على الخلاف ولو كانت على الاتفاق
فالطلاق يقع باقراره بعد الانقضاء والمراجعة لا تثبت به
واذا قال زوج الامة بعد انقضاء عدتها قد كنت راجعتها وصدقه
المولى وكذبته الامة فالقول قولها عند ابي حنيفة وقالا القول قول
المولى لان بضعها مملوك له فقد اقر بما هو خالص حقه للزوج فشابه
الاقرار عليها بالنكاح وهو يقول حكم الرجعة يبتنى على العدة والقول
في العدة قولها فكذا فيما يبتنى عليها ولو كان على القلب فعندهما
القول قول المولى وكذا عنده في الصحيح لانها منقضية العدة
في الحال وقد ظهر ملك المتعة للمولى فلا يقبل قولها في ابطاله
بخلاف الوجه الاول لان المولى بالتصديق في الرجعة مقر بقيام
العدة عندها ولا يظهر ملكه مع العدة وان قالت قد انقضت عدتي
فقال الزوج والمولى لم تنقض فالقول قولها لانها امينة في ذلك
اذ هي العالمة به واذا انقطع الدم من الحيضة الثالثة لعشرة ايام انقطعت

الرجعة وان لم تغتسل وان انقطع الدم لاقل من عشرة ايام لم تنقطع حتى
تغتسل او يمضي عليها وقت صلاة لان الحيض لا مزيد له على العشرة فبمجرد
الانقطاع خرجت من الحيض فانقضت العدة وانقطعت الرجعة وفيما
دون العشرة يحتمل عود الدم فلا بد ان يعتضد الانقطاع بحقيقة
الاغتسال او بلزوم حكم من احكام الطاهرات بمضي وقت الصلوة بخلاف
ما اذا كانت كتابية لانه لا يتوقع في حقها امارة زائدة فاكتفي با
لانقطاع وتنقطع اذا تيممت وصلت عند ابي حنيفة وابي يوسف
وهذا استحسان وقال محمد اذا تيممت انقطعت وهذا قياس
لان التيمم حال عدم الماء طهارة مطلقة حتى يثبت به من الاحكام ما
يثبت بالاغتسال فكان بمنزلته ولهما انه ملوث غير مطهر وانما
اعتبر طهارة ضرورة ان لا تتضاعف الواجبات وهذه الضرورة تتحقق
حال اداء الصلوة لا قبلها من الاوقات والاحكام الثابتة ايضا ضرو
رية اقتضائية ثم قيل تنقطع بنفس الشروع عندهما وقيل بعد
الفراغ ليتقرر حكم جواز الصلوة واذا اغتسلت ونسيت شيئا من بدنها
لم يصبه الماء فان كان عضوا فما فوقه لم تنقطع الرجعة وان كان اقل من
عضو انقطعت قال رضي الله عنه وهذا استحسان والقياس
في العضو الكامل ان لا تبقى الرجعة لانها غسلت الاكثر والقياس فيما
دون العضو ان تبقى لان حكم الجنابة والحيض لا يتجزى ووجه الاستحسان
وهو الفرق ان ما دون العضو يتسارع اليه الجفاف لقلته فلا يتيقن
بعدم وصول الماء اليه فقلنا بانه تنقطع الرجعة ولا يحل لها التزوج
اخذا بالاحتياط فيهما بخلاف العضو الكامل لانه لا يتسارع اليه الجفو
ولا يغفل عنه عادة فافترقا وعن ابي يوسف رحمه الله ان ترك المضمضة
والاستنشاق كترك عضو كامل وعنه وهو قول محمد هو بمنزلة ما دون
العضو لان في فرضيته اختلافا بخلاف غيره من الاعضاء ومن طلق
امراته وهي حامل او ولدت منه وقال لم اجامعها فله الرجعة لان الحبل
متى ظهر في مدة يتصور ان يكون منه جعل منه لقوله عليه السلام
الولد للفراش وذلك دليل الوطء منه وكذا اذا ثبت نسب الولد منه
جعل واطئا واذا ثبت الوطء تاكد الملك والطلاق في ملك متاكد
يعقب الرجعة ويبطل زعمه بتكذيب الشرع الا ترى انه يثبت به

الاحصان

الاحصان فلان تثبت به الرجعة اولى وتاويل مسئلة الولادة ان تلد
قبل الطلاق لانها لو ولدت بعده تنقضي العدة بالولادة فلا تتصور
الرجعة فان خلا بها واغلق بابا او ارخى سترا وقال لم اجامعها ثم
طلقها لم يملك الرجعة لان تاكد الملك بالوطء وقد اقر بعدمه فيصدق
في حق نفسه والرجعة حقه ولم يصر مكذبا شرعا لان تاكد المهر المسمى
يبتنى على تسليم المبدل لا على القبض بخلاف الفصل الاول فان راجعها
معناه بعد ما خلا بها وقال لم اجامعها ثم جاءت بولد لاقل من سنتين
بيوم صحت تلك الرجعة لانه يثبت النسب منه اذ هي لم تقر بانقضاء
العدة والولد يبقى في البطن هذه المدة فانزل واطئا قبل الطلاق
دون ما بعده لان على الاعتبار الثاني يزول الملك بنفس الطلاق
لعدم الوطء قبله فيحرم الوطء والمسلم لا يفعل الحرام وان قال لها
اذا ولدت فانت طالق فولدت ثم اتت بولد اخر فهي رجعة معناه
من بطن اخر لانه وقع الطلاق عليها بالولد الاول ووجبت العدة
فيكون الولد الثاني من علوق حادث منه في العدة لانها لم تقر
بانقضاء العدة فيصير مراجعا وان قال كلما ولدت ولدا فانت طالق
فولدت ثلثة اولاد في بطون مختلفة فالولد الثاني
رجعة وكذا الثالث لانها اذا جاءت بالاول وقع الطلاق وصارت
معتدة وبالثاني صار مراجعا لما بينا انه يجعل العلوق بوطء حادث في
العدة ويقع الطلاق الثاني بولادة الولد الثاني لان اليمين معقودة
بكلمة كلما ووجبت العدة وبالولد الثاني صار مراجعا لما ذكرنا ويقع
الطلاق الثالث بولادة الثالث ووجبت العدة بالاقراء لانها حامل
من ذوات الحيض حين وقع الطلاق والمطلقة الرجعية تتشوف و
تتزين لانها حلال له اذ النكاح قائم بينهما ثم الرجعة مستحبة والتزين
حامل عليها فيكون مشروعا ويستحب لزوجها ان لا يدخل عليها حتى
يؤذنها او يسمعها خفق نعليه معناه اذا لم يكن من قصده المراجعة
لانها ربما تكون متجردة فيقع بصره على موضع يصير به مراجعا ثم يطلقها
فتطول عليها العدة وليس له ان يسافر بها حتى يشهد على رجعتها
وقال زفر رحمه الله له ذلك لقيام النكاح ولهذا له ان يغشاها ولنا
قوله تعالى ولا تخرجوهن من بيوتهن الاية ولان تراخي عمل المبطل لحاجة

الى المراجعة فاذا لم يراجعها حتى انقضت المدة ظهر انه لا حاجة فتبين ان
المبطل عمل عمله من وقت وجوده ولهذا تحتسب الاقراء من العدة فلم
يملك الزوج الاخراج الا ان يشهد على رجعتها فيبطل العدة ويتقرر
ملك الزوج وقوله حتى يشهد على رجعتها معناه الاستحباب على ما
قدمنا والطلاق الرجعي لا يحرم الوطي وقال الشافعي رحمه الله يحرمه لان
الزوجية زائلة لوجود القاطع وهو الطلاق ولنا انها قائمة حتى
ملك مراجعتها من غير رضاها لان حق الرجعة يثبت نظرا للزوج ليمكنه
التدارك عند اعتراض الندم وهذا المعنى يوجب استبداده به وذلك
يوذن بكونها استدامة لا انشاء اذ الدليل ينافيه والقاطع اخر عمله
الى مدة اجماعا ونظرا له على ما تقدم **فصل فيما تحل به**
المطلقة قال واذا كان الطلاق بائنا دون الثلاث فله ان يتزوجها
في العدة وبعد انقضائها لان حل المحلية باق لان زواله معلق بالطلقة
الثالثة فينعدم قبله ومنع الغير في العدة لاشتباه النسب ولا اشتباه
في اطلاقه وان كان الطلاق ثلاثا في الحرة او ثنتين في الامة لم
تحل له حتى تنكح زوجا غيره نكاحا صحيحا ويدخل بها ثم يطلقها او يموت
عنها والاصل فيه قوله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح
زوجا غيره والمراد الطلقة الثالثة والثنتان في حق الامة كالثلاث
في حق الحرة لان الرق منصف لحل المحلية على ما عرف ثم الغاية نكاح الزوج
مطلقا والزوجية المطلقة انما تثبت بنكاح صحيح وشرط الدخول
ثبت باشارة النص وهو ان يحمل النكاح على الوطء حملا للكلام
على الافادة دون الاعادة اذ العقد استفيد باطلاق اسم الزوج او
يزاد على النص بالحديث وهو قوله عليه السلام لا تحل للاول حتى
تذوق عسيلة الاخر روي بروايات ولا خلاف لاحد فيه سوى سعيد
بن المسيب رحمه الله وقوله غير معتبر حتى لو قضى به القاضي لا ينفذ
والشرط الايلاج دون الانزال لانه كمال ومبالغة فيه والكمال قيد
والصبي المراهق في التحليل كالبالغ لوجود الدخول في نكاح صحيح
وهو الشرط بالنص ومالك رحمه الله يخالفنا فيه والحجة عليه ما بيناه
وفسره في الجامع الصغير وقال غلام لم يبلغ ومثله يجامع جامع
امرأة وجب عليها الغسل واحلها على الزوج الاول ومعنى هذا الكلام

ان تتحرك آلته ويشتهي وانما وجب الغسل عليها لالتقاء الختانين
وهو سبب لنزول مائها والحاجة الى الايجاب في حقها اما لا غسل على
الصبي وان كان يؤمر به تخلقا قال ووطء المولى امته لا يحلها
لان الغاية نكاح الزوج واذا تزوجها بشرط التحليل فالنكاح مكروه
لقوله عليه السلام لعن الله المحلل والمحلل له وهذا هو محمله فان
طلقها بعد ما وطئها حلت للاول لوجود الدخول في نكاح صحيح اذ
النكاح لا يبطل بالشرط وعن ابي يوسف رحمه الله انه يفسد النكاح
لانه في معنى الموقت فيه ولا يحلها على الاول لفساده وعن محمد رحمه الله
انه يصح النكاح لما بينا ولا يحلها على الاول لانه استعجل ما اخره الشرع
فيجازى بمنع مقصوده كما في قتل المورث واذا طلق الحرة تطليقة
او تطليقتين وانقضت عدتها وتزوجت بزوج آخر ثم عادت
الى الزوج الاول عادت بثلاث تطليقات ويهدم الزوج الثاني
الطلاق كما يهدم الثلاث وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
وقال محمد رحمه الله لا يهدم ما دون الثلاث لانه غاية للحرمة بالنص
فيكون منهيا ولا انهاء للحرمة قبل الثبوت ولهما قوله عليه السلام
لعن الله المحلل والمحلل له سماه محللا وهو المثبت للحل واذا طلقها
ثلاثا فقالت قد انقضت عدتي وتزوجت ودخل بي الزوج وطلقني
وانقضت عدتي والمدة تحتمل ذلك جاز للزوج ان يصدقها اذا كان
في غالب ظنه انها صادقة لانه معاملة او امر ديني لتعلق الحل به وقول
الواحد فيهما مقبول وهو غير مستنكر اذا كانت المدة تحتمله واختلفوا
في ادنى هذه المدة وسنبينها ان شاء الله تعالى **باب**
الايلاء قال اذا قال الرجل لامرأته والله لا اقربك او قال والله
لا اقربك اربعة اشهر فهو مول لقوله تعالى للذين يؤلون من
نسائهم تربص اربعة اشهر الاية فان وطئها في الاربعة الاشهر حنث
في يمينه ولزمته الكفارة لان الكفارة موجب الحنث وسقط الايلاء
لان اليمين ترتفع بالحنث وان لم يقربها حتى مضت اربعة اشهر
بانت منه بتطليقة وقال الشافعي رحمه الله تبين بتفريق القاضي
لانه مانع حقها في الجماع فينوب القاضي منابه في التسريح كما في الجب
والعنة ولنا انه ظلمها بمنع حقها فجازاه الشرع بزوال نعمة النكاح

عند مضي هذه المدة وهو المأثور عن عثمان وعلي والعبادلة الثلاثة
وزيد بن ثابت رضي الله عنهم وكفى بهم قدوة ولانه كان طلاقا في
الجاهلية فحكم الشرع بتاجيله الى انقضاء المدة فان كان حلف على
اربعة اشهر فقد سقطت اليمين لانها كانت موقتة به وان كان حلف
على الابد فاليمين باقية لانها مطلقة ولم يوجد الحنث لترتفع به الا
انه لا يتكرر الطلاق قبل التزوج لانه لم يوجد منع الحق بعد البينونة
فان عاد فتزوجها عاد الايلاء فان وطئها والا وقعت بمضي اربعة اشهر
اخرى لان اليمين باقية لاطلاقها وبالتزوج ثبت حقها فيتحقق الظلم
ويعتبر ابتداء هذا الايلاء من وقت التزوج فان تزوجها ثالثا عاد الايلاء
ووقعت بمضي اربعة اشهر اخرى ان لم يقربها لما بينا فان تزوجها
بعد زوج لم يقع بذلك الايلاء طلاق لتقيده بطلاق هذا الملك
وهي فرع مسئلة التنجيز الخلافية وقد مر من قبل واليمين باقية لاطلاقها
وعدم الحنث فان وطئها كفر عن يمينه لوجود الحنث فان حلف
على اقل من اربعة اشهر لم يكن موليا لقول ابن عباس رضي الله عنهما
لا ايلاء فيما دون اربعة اشهر ولانه امتناع عن قربانها في اكثر المدة
بلا مانع وبمثله لا يثبت حكم الطلاق فيه ولو قال لها والله لا
اقربك شهرين وشهرين بعد هذين الشهرين فهو مول لانه جمع
بينهما بحرف الجمع فصار كجمعه بلفظ الجمع ولو مكث يوما ثم قال والله
لا اقربك شهرين بعد الشهرين الاولين لم يكن موليا لان الثاني ايجاب
مبتدا وقد صار ممنوعا بعد اليمين الاولى وبعد الثانية اربعة
اشهر الا يوما مكث فيه فلم يتكامل مدة المنع ولو قال والله لا اقربك
سنة الا يوما لم يكن موليا خلافا لزفر رحمه الله هو يصرف الاستثناء
الى اخرها اعتبارا بالاجارة فتمت مدة المنع ولنا ان المولي من لا
يمكنه القربان اربعة اشهر الا بشيء يلزمه ويمكنه ههنا لان المستثنى
يوم منكر بخلاف الاجارة لان الصرف الى الاخر لتصحيحها فانه لا يصح
مع التنكير ولا كذلك اليمين ولو قربها في يوم والباقي اربعة اشهر او
اكثر صار موليا لسقوط الاستثناء ولو قال وهو بالبصرة والله لا
ادخل الكوفة وامراته بها لم يكن موليا لانه يمكنه القربان من غير شيء يلزمه
بالاخراج من الكوفة قال ولو حلف بحج او بصوم او بصدقة او

عتق او طلاق فهو مول لتحقق المنع باليمين وهو ذكر الشرط والجزاء
وهذه الاجزية مانعة لما فيها من المشقة وصورة الحلف بالعتق ان
يعلق بقربانها عتق عبده وفيه خلاف ابي يوسف رحمه الله فانه يقول
يمكنه البيع ثم القربان فلا يلزمه شيء وهما يقولان البيع موهوم
فلا يمنع المانعية فيه والحلف بالطلاق ان يعلق بقربانها طلاقها
او طلاق صاحبتها وكل ذلك مانع وان آلى من المطلقة الرجعية كان
موليا وان آلى من البائنة لم يكن موليا لان الزوجية قائمة في الاولى
دون الثانية ومحل الايلاء من يكون من نسائنا بالنص فلو انقضت
العدة قبل انقضاء مدة الايلاء سقط الايلاء لفوات المحلية ولو
قال لاجنبية والله لا اقربك او انت علي كظهر امي ثم تزوجها
لم يكن موليا ولا مظاهرا لان الكلام في مخرجه وقع باطلا لانعدام
المحلية فلا ينقلب صحيحا بعد ذلك وان قربها كفر لتحقق الحنث
اذ اليمين منعقدة في حقه ومدة ايلاء الامة شهران لان هذه
مدة ضربت اجلا للبينونة فتتنصف بالرق كمدة العدة واذا كان المولي
مريضا لا يقدر على الجماع او كانت مريضة او رتقاء او صغيرة لا تجامع
او كانت بينهما مسافة لا يقدر ان يصل اليها في مدة الايلاء وقال
الشافعي رحمه الله لا فيء الا بالجماع واليه ذهب الطحاوي رحمه الله
لانه لو كان فيئا لكان حنثا ولنا انه اذاها بذكر المنع فيكون
ارضاؤها بالوعد باللسان واذا ارتفع الظلم لا يجازى بالطلاق
ولو قدر على الجماع في المدة بطل ذلك الفيء وصار فيؤه بالجماع لانه قدر
على الاصل قبل حصول المقصود بالخلف واذا قال لامراته انت
علي حرام سئل عن نيته فان قال اردت الكذب فهو كما قال لانه نوى
حقيقة كلامه وقيل لا يصدق في القضاء لانه يمين ظاهرا وان قال اردت
الطلاق فهي تطليقة بائنة الا ان ينوي الثلاث وقد ذكرناه في الكنا
يات وان قال اردت الظهار فهو ظهار وهذا عند ابي حنيفة وابي
يوسف وقال محمد ليس بظهار لانعدام التشبيه بالمحرمة وهو الركن فيه
ولهما انه اطلق الحرمة وفي الظهار نوع حرمة والمطلق يحتمل المقيد
وان قال اردت التحريم او لم ارد شيئا فهو يمين يصير به موليا لان
الاصل في تحريم الحلال انما هو اليمين عندنا وسنذكره في الايمان ان شاء الله

ومن المشايخ من يصرف لفظة التحريم الى الطلاق من غير نية بحكم العرف

باب الخلع

واذا تشاق الزوجان وخافا ان لا يقيما حدود الله فلا باس بان تفتدي نفسها منه بمال يخلعها به لقوله تعالى
فلا جناح عليهما فيما افتدت به فاذا فعلا ذلك وقع بالخلع تطليقة
باينة ولزمها المال لقوله عليه السلام الخلع تطليقة باينة ولانه
يحتمل الطلاق حتى صار من الكنايات والواقع بالكناية باين الا ان ذكر
المال اغنى عن النية ههنا ولانها لا تسلم المال الا لتسلم لها نفسها وذلك
بالبينونة وان كان النشوز من قبله يكره له ان ياخذ منها عوضا لقوله
تعالى وان اردتم استبدال زوج مكان زوج الى ان قال فلا تاخذوا
منه شيئا ولانه اوحشها بالاستبدال فلا يزيد في وحشتها باخذ المال وان
كان النشوز منها كرهنا له ان ياخذ اكثر مما اعطاها وفي رواية الجامع
الصغير طاب الفضل ايضا لاطلاق ما تلوناه بدءا ووجه الاخرى قوله
عليه السلام في امراة ثابت بن قيس بن شماس اما الزيادة فلا وقد كان النشوز
منها ولو اخذ الزيادة جاز في القضاء وكذا اذا اخذ والنشوز منه لان مقتضى
ما تلوناه شيئان الجواز حكما والاباحة وقد ترك في حق الاباحة لمعارض
فبقي معمولا في الباقي وان طلقها على مال فقبلت وقع الطلاق ولزمها
المال لان الزوج يستبد بالطلاق تنجيزا وتعليقا وقد علقه بقبولها
والمراة تملك التزام المال لولايتها على نفسها وملك
النكاح مما يجوز الاعتياض عنه وان لم يكن مالا كالقصاص وكان الطلاق
باينا لما بينا ولانه معاوضة المال بالنفس وقد ملك الزوج احد البدلين
فتملك هي الاخر وهو النفس تحقيقا للمساواة قال وان بطل العوض
في الخلع مثل ان يخالع المسلم على خمر او خنزير او ميتة فلا شي للزوج والفرقة
باينة وان بطل العوض في الطلاق كان رجعيا فوقوع الطلاق في الوجهين
للتعليق بالقبول وافتراقهما في الحكم لانه لما بطل العوض كان العامل في الاول
لفظ الخلع وهو كناية وفي الثاني الصريح وهو يعقب الرجعة وانما لم يجب
للزوج شي عليها لانها ما سمت متقوما حتى تصير غارة له ولانه لا وجه
الى ايجاب المسمى للاسلام ولا الى ايجاب غيره لعدم الالتزام بخلاف ما
اذا خالع على خل بعينه فظهر خمرا لانها سمت مالا فصار مغرورا وبخلاف
ما اذا كاتب او اعتق عبده على خمر يجب قيمة العبد لان ملك المولى فيه متقوم

وما

وما رضي بزواله مجانا اما ملك البضع في حال الخروج غير متقوم على
ما نذكره وبخلاف النكاح لان البضع في حالة الدخول متقوم و
الفقه انه شريف فلم يشرع تملكه الا بعوض اظهارا لشرفه فاما
الاسقاط فنفسه شرف فلا حاجة الى ايجاب المال وما جاز ان يكون
مهرا جاز ان يكون بدلا في الخلع لان ما يصلح عوضا للمتقوم اولى ان
يصلح عوضا لغير المتقوم فان قالت له خالعني على ما في يدي فخالعها
فلم يكن في يدها شي فلا شي له عليها لانها لم تغره بتسمية المال وان
قالت خالعني على ما في يدي من مال فخالعها فلم يكن في يدها شي ردت
عليه مهرها لانها لما سمت مالا لم يكن الزوج راضيا بالزوال الا بعوض
ولا وجه الى ايجاب المسمى وقيمته للجهالة ولا الى ايجاب قيمة البضع
اعني مهر المثل لانه غير متقوم حالة الخروج فتعين ايجاب ما قام به على
الزوج دفعا للضرر عنه ولو قالت خالعني على ما في يدي من الدراهم
او من دراهم ففعل فلم يكن في يدها شي فعليها ثلاثة دراهم
لانها سمت الجمع واقله ثلاثة وكلمة من ههنا للصلة دون التبعيض
لان الكلام يختل بدونه فان اختلعت على عبد لها ابق على انها برية
من ضمانه لم تبرا وعليها تسليم عينه ان قدرت وتسليم قيمته ان عجزت
لانه عقد المعاوضة فيقتضي سلامة العوض واشتراط البراءة عنه شرط
فاسد فيبطل الا ان الخلع لا يبطل بالشروط الفاسدة وعلى هذا النكاح
واذا قالت طلقني ثلاثا بالف فطلقها واحدة فعليها ثلث الالف
لانها لما طلبت الثلث بالف فقد طلبت كل واحدة بثلث الالف وهذا
لان حرف الباء يصحب الاعواض والعوض ينقسم على المعوض والطلاق
باين لوجوب المال وان قالت طلقني ثلاثا على الف فطلقها واحدة
فلا شي عليها عند ابي حنيفة رحمه الله ويملك الرجعة وقالا هي واحدة
باينة بثلث الالف لان كلمة على بمنزلة الباء في المعاوضات حتى ان
قولهم احمل هذا الطعام بدرهم وعلى درهم سواء وله ان كلمة على
للشرط قال الله تعالى يبايعنك على ان لا يشركن بالله شيئا
ومن قال لامراته انت طالق على ان تدخلي الدار كان شرطا وهذا لانه
للزوم حقيقة واستعير للشرط لانه يلازم الجزاء واذا كان للشرط فا
لمشروط لا يتوزع على اجزاء الشرط بخلاف الباء لانه للعوض على ما مر

واذا لم يجب المال كان مبتديا فوقع ويملك الرجعة ولو قال الزوج طلقي
نفسك ثلاثا بالف او على الف فطلقت نفسها واحدة لم يقع شي لان
الزوج ما رضي بالبينونة الا ليسلم له الالف كلها بخلاف قولها طلقني ثلاثا
بالف لانها لما رضيت بالبينونة بالف كانت ببعضها ارضى ولو قال انت
طالق على الف فقبلت طلقت وعليها الالف وهو كقوله انت طالق
بالف ولا بد من القبول في الوجهين لان معنى قوله بالف بعوض يجب لي
عليك والعوض لا يجب بدون قبوله والمعلق بالشرط لا ينزل قبل وجوده
والطلاق باين لما قلنا ولو قال لامراته انت طالق وعليك الف فقبلت
او قال لعبده انت حر وعليك الف فقبل عتق العبد وطلقت المراة ولا شي
عليهما عند ابي حنيفة رحمه الله وكذا اذا لم يقبلا وقالا على كل واحد منهما الالف
اذا قبل واذا لم يقبل لا يقع الطلاق والعتاق لهما ان هذا الكلام يستعمل
للمعاوضة فان قولهم احمل هذا المتاع ولك درهم بمنزلة قولهم بدرهم
وله انه جملة تامة فلا ترتبط بما قبله الا بدلالة اذ الاصل فيها الاستقلال
ولا دلالة لان الطلاق والعتاق ينفكان عن المال بخلاف البيع والاجارة
لانهما لا يوجدان بدونه ولو قال انت طالق على الف على اني بالخيار او
على انك بالخيار ثلثة ايام فقبلت فالخيار باطل اذا كان للزوج وهو جائز
اذا كان للمراة فان ردت الخيار في الثلاث بطل وان لم ترد طلقت ولزمها
الالف وهذا عند ابي حنيفة وقالا الخيار باطل في الوجهين والطلاق
واقع وعليها الف درهم لان الخيار للفسخ بعد الانعقاد لا للمنع من الانعقاد
والتصرفان لا يحتملان الفسخ من الجانبين لان في جانبه يمين وفي
جانبها شرطا ولابي حنيفة رحمه الله ان الخلع في جانبها بمنزلة البيع حتى
يصح رجوعها ولا يتوقف على ما وراء المجلس فيصح اشتراط الخيار فيه
اما في جانبه يمين حتى لا يصح رجوعه عنه ويتوقف على ما وراء المجلس ولا
خيار في الايمان وجانب العبد في العتاق مثل جانبها في الطلاق ومن
قال لامراته طلقتك امس على الف درهم فلم تقبلي فقالت قبلت فالقول قول
الزوج ومن قال لغيره بعت منك هذا العبد بالف درهم امس فلم
تقبل فقال قبلت فالقول قول المشتري ووجه الفرق ان الطلاق بالمال
يمين من جانبه فالاقرار به لا يكون اقرارا بالشرط لصحته بدونه اما البيع
لا يتم الا بالقبول فالاقرار به اقرار بما لا يتم الا به فانكاره القبول رجوع منه

فصل والمباراة كالخلع كلاهما يسقطان كل حق لكل واحد من الزوجين على الآخر
مما يتعلق بالنكاح عند ابي حنيفة رحمه الله وقال محمد رحمه الله لا يسقط
فيهما الا ما سمياه وابو يوسف رحمه الله معه في الخلع ومع ابي حنيفة رحمه الله
في المباراة لمحمد رحمه الله ان هذه معاوضة وفي المعاوضات يعتبر المشروط
لا غير ولابي يوسف رحمه الله ان المباراة مفاعلة من البراءة فيقتضيها
من الجانبين وانه مطلق قيدناه بحقوق النكاح لدلالة الغرض اما
الخلع فيقتضي الانخلاع وقد حصل في نفس النكاح فلا ضرورة الى الانقطاع
الاحكام ولابي حنيفة رحمه الله ان الخلع ينبئ عن الفصل ومنه خلع النعل
وخلع العمل وهو مطلق كالمباراة فيعمل باطلاقهما في النكاح واحكامه وحقوقه
ومن خلع ابنته وهي صغيرة بمالها لم يجز عليها لانه لا نظر لها فيه اذ البضع في
حالة الخروج غير متقوم عند الدخول ولهذا يعتبر خلع المريضة من الثلث
ونكاح المريض بمهر المثل من جميع المال واذا لم يجز لا يسقط ولا يستحق مالها
ثم يقع الطلاق في رواية والاول اصح لانه تعليق بشرط قبوله فيعتبر بالتعليق
بساير الشروط فان خلعها على الف على انه ضامن فالخلع واقع والالف
عليه لان اشتراط بدل الخلع على الاجنبي صحيح فعلى الاب اولى ولا يسقط
مهرها لانه لم يدخل تحت ولاية الاب وان شرط الالف عليها توقف على
قبولها ان كانت من اهل القبول فان قبلت وقع الطلاق لوجود الشرط ولا
يجب المال لانها ليست من اهل الغرامة وان قبله الاب عنها ففيه روايتان
وكذا ان خالعها على مهرها ولم يضمن المهر توقف على قبولها فان قبلت طلقت
ولا يسقط المهر وان قبل الاب عنها فعلى الروايتين وان ضمن الاب المهر وهو
الف درهم طلقت لوجود قبوله وهو الشرط ويلزمه خمسماية استحسانا
في القياس يلزمه الالف واصله في الكبيرة اذا اختلعت قبل الدخول على
الف ومهرها الف ففي القياس عليها خمسماية زايدة وفي الاستحسان لا شي
عليها لانه يراد به عادة حاصل ما يلزمه لها والله اعلم

باب الظهار

اذا قال الرجل لامراته انت علي كظهر امي فقد حرمت عليه لا يحل له
وطيها ولا مسها ولا تقبيلها حتى يكفر عن ظهاره لقوله تعالى والذين يظاهرون
من نسائهم الى ان قال فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا والظهار كان طلاقا
في الجاهلية فقرر الشرع اصله ونقل حكمه الى تحريم موقت بالكفارة غير
مزيل للنكاح وهذا لانه جناية لكونه منكرا من القول وزورا فتناسب المجازاة

عليها بالحرمة وارتفاعها بالكفارة ثم الوطء اذا حرم حرم بدواعيه كيلا يقع
فيه كما في الاحرام بخلاف الحائض والصائم لانه يكثر وجودهما فلو حرم الدواعي
يفضي الى الحرج ولا كذلك الظهار والاحرام فان وطئها قبل ان يكفر
استغفر الله ولا شيء عليه غير الكفارة الاولى ولا يعاود حتى يكفر لقوله عليه
السلام للذي واقع في ظهاره قبل الكفارة استغفر الله ولا تعد حتى تكفر ولو
كان شيء آخر واجبا لنبه عليه قال وهذا اللفظ لا يكون الا ظهارا لانه
صريح فيه ولو نوى به الطلاق لا يصح لانه منسوخ فلا يتمكن من الاتيان
به واذا قال انت علي كبطن امي او كفخذها او كفرجها فهو مظاهر لان
الظهار ليس الا تشبيه المحللة بالمحرمة وهذا المعنى يتحقق في عضو لا يجوز
النظر اليه وكذا اذا شبهها بمن لا يحل النظر اليها على التابيد من محارمه مثل
اخته او عمته او امه من الرضاعة لانهن في التحريم المؤبد كالام وكذلك
ان قال راسك علي كظهر امي او فرجك او وجهك او رقبتك او نصفك
او ثلثك لانه يعبر بها عن جميع البدن ويثبت الحكم في الشائع ثم يتعدى
كما بيناه في الطلاق ولو قال انت علي مثل امي او كامي يرجع الى نيته
لينكشف حكمه فان قال اردت الكرامة فهو كما قال لان التكريم بالتشبيه
فاش في الكلام وان قال اردت الظهار فهو ظهار لانه تشبيه بجميعها
وفيه تشبيه بالعضو لكنه ليس بصريح فيفتقر الى النية وان قال
اردت الطلاق فهو طلاق بائن لانه تشبيه بالام في الحرمة فكانه قال
انت علي حرام ونوى الطلاق وان لم تكن له نية فليس بشيء عند ابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله لاحتمال الحمل على الكرامة وقال محمد رحمه الله يكون
ظهارا لان التشبيه بعضو منها لما كان ظهارا فالتشبيه بجميعها اولى وان
عنى به التحريم لا غير فعند ابي يوسف هو ايلاء ليكون الثابت ادنى الحرمتين
وعند محمد رحمه الله هو ظهار لان كاف التشبيه تختص به ولو قال انت
علي حرام كامي ونوى ظهارا او طلاقا فهو على ما نوى لانه يحتمل الوجهين
الظهار لمكان التشبيه والطلاق لمكان التحريم والتشبيه تاكيد له وان
لم تكن له نية فعلى قول ابي يوسف ايلاء وعلى قول محمد ظهار والوجهان
بيناهما وان قال انت علي حرام كظهر امي ونوى به طلاقا او ايلاء لم يكن الا
ظهارا عند ابي حنيفة وقالا هو على ما نوى لان التحريم يحتمل كل ذلك
على ما بينا غير ان محمدا اذا نوى الطلاق لا يكون ظهارا وعند ابي يوسف يكونان

جميعا

جميعا وقد عرف في موضعه ولابي حنيفة انه صريح في الظهار فلا يحتمل غيره
ثم هو محكم فيرد التحريم اليه قال ولا يكون الظهار الا من الزوجة حتى لو
ظاهر من امته لم يكن مظاهرا لقوله تعالى من نسائهم ولان الحل في الامة تابع
فلا تلحق بالمنكوحة ولان الظهار منقول عن الطلاق ولا طلاق في المملوكة
فان تزوج امراة بغير امرها ثم ظاهر منها ثم اجازت النكاح فالظهار باطل
لانه صادق في التشبيه وقت التصرف فلم يكن منكرا والظهار ليس بحق
من حقوقه حتى يتوقف بخلاف اعتاق المشتري من الغاصب لانه من حقوق
الملك ومن قال لنسائه انتن علي كظهر امي كان مظاهرا منهن جميعا لانه
اضاف الظهار اليهن فصار كما اذا اضاف الطلاق وعليه لكل واحدة كفارة
لان الحرمة تثبت في كل واحدة والكفارة لانهاء الحرمة فيتعدد بتعددها
بخلاف الايلاء منهن لان الكفارة فيه لصيانة حرمة الاسم ولم يتعدد
ذكر الاسم **فصل في الكفارة** قال رضي الله عنه وكفارة الظهار
عتق رقبة فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين فان لم يستطع فاطعام
ستين مسكينا للنص الوارد فيه فانه يفيد الكفارة على هذا الترتيب
قال وكل ذلك قبل المسيس وهذا في الاعتاق والصوم ظاهر للتنصيص
عليه وكذا في الاطعام لان الكفارة فيه منهية للحرمة فلا بد من تقديمها
على الوطء ليكون الوطء حلالا قال ويجزئ في العتق الرقبة الكافرة و
المسلمة والذكر والانثى والصغير والكبير لان اسم الرقبة ينطلق على
هؤلاء اذ هي عبارة عن الذات المرقوق المملوك من كل وجه والشافعي
رحمه الله يخالفنا في الكافرة ويقول الكفارة حق الله تعالى فلا يجوز
صرفها الى عدو الله كالزكوة ونحن نقول المنصوص عليه اعتاق الرقبة
وقد تحقق وقصده من الاعتاق التمكن من الطاعة ثم مقارفته المعصية
يحال به الى سوء اختياره ولا يجزئ العمياء ولا المقطوعة اليدين او الرجلين
لان الفائت جنس المنفعة وهو البصر او البطش او المشي وهو المانع
اما اذا اختلت المنفعة فهو غير مانع حتى يجوز العوراء ومقطوعة احدى
اليدين واحدى الرجلين من خلاف لانه ما فاتت جنس المنفعة بل
اختلت بخلاف ما اذا كانتا مقطوعتين من جانب واحد حيث لا يجوز
لفوات جنس منفعة المشي اذ هو عليه متعذر ويجوز الاصم والقياس
ان لا يجوز وهو رواية النوادر لان الفائت جنس المنفعة الا انا استحسنا
الجواز لان اصل المنفعة باق فانه اذا صيح عليه يسمع حتى لو كان بحال لا يسمع

اصلا بان ولد اصم وهو الاخرس لا يجزيه ولا يجوز مقطوع ابهام اليدين لان
قوة البطش بهما فبفواتهما يفوت جنس المنفعة ولا يجوز المجنون الذي لا
يعقل لان الانتفاع بالجوارح لا يكون الا بالعقل وكان فائت المنافع
والذي يجن ويفيق يجزيه لان الاختلال غير مانع ولا يجزي عتق المدبر وام
الولد لاستحقاقهما الحرية بجهة فكان الرق فيهما ناقصا وكذا المكاتب
الذي ادي بعض المال لان اعتاقه ببدل وعن ابي حنيفة رضي الله عنه
انه يجزيه لقيام الرق من كل وجه ولهذا تقبل الكتابة الانفساخ بخلاف
امومية الولد والتدبير لانهما لا يحتملان الانفساخ فان اعتق مكاتبا لم يؤد
شيا جاز خلافا للشافعي له انه استحق الحرية بجهة الكتابة فاشبه المدبر
ولنا ان الرق قايم من كل وجه عليها على ما بينا ولقوله عليه السلام
المكاتب عبد ما بقي عليه درهم والكتابة لا تقتضي تنافيه فانه فك الحجر
بمنزلة الاذن في التجارة الا انه بعوض فيلزم من جانبه ولو كان مانعا
ينفسخ الاعتاق اذ هو يحتمله الا انه تسلم الاكساب له والاولاد لان
العتق في حق المحل بجهة الكتابة او لان الفسخ ضروري لا يظهر في حق
الولد والكسب وان اشترى اباه وابنه ينوي بالشرا الكفارة جاز عنها
وقال الشافعي لا يجوز وعلي هذا الخلاف كفارة اليمين والمسلة
تاتيك في باب الايمان ان شا الله فان اعتق نصف عبد مشترك وهو
موسر فضمن قيمة باقيه لم يجز عند ابي حنيفة وقالا يجوز عندهما
لانه يملك نصيب صاحبه بالضمان فصار معتقا كل العبد عن الكفارة
وهو ملكه بخلاف ما اذا كان المعتق معسرا لانه وجب عليه السعاية
في نصيب الشريك فيكون اعتاقا بعوض ولابي حنيفة ان نصيب صاحبه
ينتقص على ملكه ثم يتحول اليه بالضمان ومثله يمنع الكفارة فان اعتق
نصف عبد عن كفارته ثم اعتق باقيه عنها جاز لانه اعتقه بكلامين و
النقصان متمكن على ملكه بسبب الاعتاق بجهة الكفارة ومثله غير
مانع كمن اضجع شاة لاضحيته فاصاب السكين عينها بخلاف ما تقدم
لان النقصان تمكن على ملك الشريك وهذا على اصل ابي حنيفة رحمه الله
اما عندهما الاعتاق لا يتجزي فاعتاق النصف اعتاق الكل فلا يكون و
اعتاقا بكلامين وان اعتق نصف عبد عن كفارته ثم جامع التي ظاهر
منها ثم اعتق باقيه لم يجز عند ابي حنيفة لان الاعتاق يتجزي فالاعتاق
النصف عبده وشرط الاعتاق ان يكون قبل المسيس بالنص واعتاق النصف

حصل

حصل بعده وعندهما اعتاق النصف اعتاق الكل فحصل الكل قبل المس
واذا لم يجد المظاهر ما يعتق فكفارته صوم شهرين متتابعين ليس فيهما
شهر رمضان ولا يوم الفطر ولا يوم النحر ولا ايام التشريق اما التتابع
فلانه منصوص عليه وشهر رمضان لا يقع عن الظهار لما فيه من ابطال ما
اوجبه الله تعالي والصوم في هذه الايام منهي عنه فلا ينوب عن الواجب
الكامل فان جامع التي ظاهر منها في خلال الشهرين ليلا عامدا او نهارا
ناسيا استانف الصوم عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا يستانف
لانه لا يمنع التتابع اذ لا يفسد به الصوم وهو الشرط وان كان تقديمه على
المسيس شرطا فيما ذهبنا اليه تقديم البعض وفيما قلتم تاخير الكل عنه
ولهما ان الشرط في الصوم ان يكون قبل المسيس وان يكون خاليا عنه
ضرورة بالنص وهذا الشرط يتقدم به فيستانف وان افطر منها يوما
بعذر او بغير عذر استانف لفوات التتابع وهو قادر عليه عادة وان
ظاهر العبد لم يجز في الكفارة الا الصوم لانه لا ملك له فلم يكن من اهل
التكفير بالمال وان اعتق المولي واطعم عنه لم يجزه لانه ليس من اهل الملك
فلا يصير مالكا بتمليكه واذا لم يستطع فاطعام ستين مسكينا ويطعم
كل مسكين نصف صاع من بر او صاعا من تمر او شعير او قيمة ذلك لقوله
عليه السلام في حديث اوس بن الصامت وسهل بن صخر لكل مسكين نصف
صاع من بر ولان المعتبر دفع حاجة اليوم لكل مسكين فيعتبر بصدقة الفطر
وقوله او قيمة ذلك مذهبنا وقد ذكرناه في الزكوة فان اعطي منا من
بر ومنوين من تمر او شعير جاز لحصول المقصود اذ الجنس متحد وان امر
غيره ان يطعم عنه من ظهاره ففعل اجزاه لانه استقراض معني والفقير قابض
له اولا ثم لنفسه فيتحقق تملكه ثم تمليكه فان غداهم وعشاهم جاز
قليلا اكلوا او كثيرا وقال الشافعي رحمه الله لا يجزيه الا التمليك
اعتبارا بالزكوة وصدقة الفطر وهذا لان التمليك ادفع للحاجة فلا
تنوب منابه الاباحة ولنا ان المنصوص عليه هو الاطعام وهو حقيقة
في التمكين من الطعم وفي الاباحة ذلك كما في التمليك اما الواجب في
الزكوة الايتا وفي صدقة الفطر الادا وهما للتمليك حقيقة ولو كان
فيمن عشاهم صبي فطيم لا يجزيه لانه لا يستوفي كاملا ولا بد من الادام
في خبز الشعير ليمكنه الاستيفا الي الشبع وفي خبز الحنطة لا يشترط الادام

وان اعطى مسكينا واحدا ستين يوما اجزاه وان اعطاه في يوم واحد لم
يجزه الا عن يومه لان المقصود سد خلة المحتاج والحاجة تتجدد في كل يوم
فالدفع اليه في اليوم الثاني كالدفع الى غيره وهذا في الاباحة من غير خلاف
واما التمليك من مسكين واحد في يوم واحد بدفعات فقد قيل لا يجزيه
وقد قيل يجزيه لان الحاجة الى التمليك تتجدد في يوم واحد بخلاف ما
اذا وقع بدفعة واحدة لان التفريق واجب بالنص وان قرب التي ظاهر
منها في خلال الاطعام لم يستانف لانه تعالى ما شرط في الاطعام ان يكون
قبل المسيس الا انه يمنع من المسيس والمنع لمعنى في غيره لا يعدم المشروعية
في نفسه واذا اطعم عن ظهارين ستين مسكينا كل مسكين صاعا لم يجزه
الا عن واحد منهما عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يجزيه عنهما وان
اطعم ذلك عن افطار وظهار اجزاه عنهما له ان بالمودى وفاء بهما والمصروف
اليه محل لهما فيقع عنهما كما لو اختلف السبب او فرق في
الدفع ولهما ان النية في الجنس الواحد لغو وفي الجنسين معتبرة واذا
لغت النية والمودى يصلح كفارة واحدة لان نصف الصاع ادنى المقادير
فيمنع النقصان دون الزيادة فيقع عنها كما اذا نوى اصل الكفارة بخلاف
ما اذا فرق في الدفع لانه في الدفعة الثانية في حكم مسكين آخر ومن
وجب عليه كفارتا ظهار فاعتق رقبتين لا ينوي عن احدهما بعينها جاز
عنهما وكذلك اذا صام اربعة اشهر او اطعم مائة وعشرين مسكينا جاز لان
الجنس متحد فلا حاجة الى نية معينة وان اعتق عنهما رقبة او صام شهرين
كان له ان يجعل ذلك عن ايهما شاء وان اعتق عن ظهار وقتل لم يجز عن
واحد منهما وقال زفر لا يجزيه عن احدهما في الفصلين وقال الشافعي رحمه الله
له ان يجعل عن احدهما في الفصلين لان الكفارات كلها باعتبار اتحاد
المقصود جنس واحد وجه قول زفر انه اعتق عن كل ظهار نصف العبد
فليس له ان يجعل عن احدهما بعدما اعتق عنهما لخروج الامر من يده ولنا
ان نية التعيين في الجنس المتحد غير مفيد فيلغو وفي الجنس المختلف مفيد
واختلاف الجنس في الحكم وهو الكفارة هنا باختلاف السبب نظير الاول
اذا صام يوما في قضاء رمضان عن يومين يجزيه عن قضاء يوم واحد ونظير
الثاني اذا كان عليه صوم القضاء والنذر فانه لا بد فيه من التعيين والله اعلم

باب اللعان

قال رحمه الله واذا قذف الرجل

امراته بالزنا وهما من اهل الشهادة والمرأة ممن يحد قاذفها او نفى نسب
ولدها وطالبته بموجب القذف فعليه اللعان والاصل ان اللعان
عندنا شهادات موكدات بالايمان مقرونة باللعن قائمة مقام حد
الزنا في حقها لقوله تعالى ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم والاستثناء
انما يكون من الجنس وقال تعالى فشهادة احدهم اربع شهادات
بالله نص على الشهادة واليمين فقلنا الركن هو الشهادة المذكورة
باليمين ثم قرن الركن في جانبه باللعن لو كان كاذبا وهو قائم مقام
حد القذف وفي جانبها بالغضب وهو قائم مقام حد الزنا اذا ثبت
هذا نقول لا بد ان يكونا من اهل الشهادة لان الركن فيه الشهادة ولا
بد ان تكون هي ممن يحد قاذفها لانه قائم في حقه مقام حد القذف
فلا بد من احصانها ويجب بنفي الولد لانه لما نفى ولدها صار قاذفا
لها ظاهرا ولا يعتبر احتمال ان يكون الولد من غيره بالوطء عن شبهة
كما اذا نفى اجنبي نسبه عن ابيه المعروف وهذا لان الاصل في النسب
الصحيح والفاسد ملحق به فنفيه عن الفراش الصحيح قذف حتى يظهر
الملحق به ويشترط طلبها لانه حقها فلا بد من طلبها كسائر الحقوق فان
امتنع منه حبسه الحاكم حتى يلاعن او يكذب نفسه ليرتفع السبب
ولو لاعن وجب عليها اللعان لما تلونا من النص الا انه يبتدا بالزوج
لانه هو المدعي فان امتنعت حبسها الحاكم حتى تلاعن او تصدقه لانه
حق مستحق عليها وهي قادرة على ايفائه فتحبس فيه واذا كان الزوج
عبدا او كافرا او محدودا في قذف فقذف امراته فعليه الحد لانه تعذر
اللعان بمعنى من جهته فيصار الى الموجب الاصلي وهو الثابت
بقوله تعالى والذين يرمون المحصنات الاية واللعان خلف عنه
وان كان هو من اهل الشهادة وهي امة او كافرة او محدودة في قذف
او كانت ممن لا يحد قاذفها بان كانت صبية او مجنونة او زانية فلا
حد عليه ولا لعان لانعدام اهلية الشهادة وعدم الاحصان في
جانبها وامتناع اللعان بمعنى من جهتها فيسقط الحد كما اذا صدقته
والاصل في ذلك قوله عليه السلام اربعة لا لعان بينهم وبين ازواجهم
اليهودية والنصرانية تحت المسلم والمملوكة تحت الحر والحرة تحت
المملوك ولو كانا محدودين في القذف فعليه الحد لان امتناع اللعان

للمعنى من جهته اذ هو ليس من اهله قال وصفة اللعان ان يبتدئ
القاضي بالزوج فيشهد اربع مرات يقول في كل مرة اشهد بالله اني
لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا ويقول في الخامسة لعنة الله عليه
ان كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنا ويقول في الخامسة غضب الله
عليها ان كان من الصادقين فيما رماني به من الزنا والاصل فيه ما تلونا
من النص وروى الحسن عن ابي حنيفة انه ياتي بلفظة المواجهة يقول فيما
رميتك به من الزنا لانه اقطع للاحتمال وجه ما ذكر في الكتاب ان لفظة
المغايبة اذا انضمت اليه الاشارة انقطع الاحتمال قال فاذا
التعنا لا تقع الفرقة حتى يفرق الحاكم بينهما وقال زفر رحمه الله
تقع بتلاعنهما لانه تثبت الحرمة المؤبدة بالحديث ولنا ان ثبوت
الحرمة تفوت الامساك بالمعروف فيلزمه التسريح بالاحسان فاذا
امتنع ناب القاضي منابه دفعا للظلم دل عليه قول ذلك الملاعن
عند النبي عليه السلام كذبت عليها يا رسول الله ان امسكتها هي طالق
ثلاثا قاله بعد اللعان دل عليه قوله عليه السلام لذلك الملاعن
ان امسكتها فهي طالق ثلاثا قاله بعد اللعان وتكون الفرقة تطليقة
بائنة عند ابي حنيفة ومحمد لان فعل القاضي انتسب اليه كما في العنين
وهو خاطب اذا اكذب نفسه عندهما وقال ابو يوسف رحمه الله
هو تحريم مؤبد لقوله عليه السلام المتلاعنان لا يجتمعان ابدا نص
على التابيد ولهما ان الاكذاب رجوع والشهادة بعد الرجوع لا حكم
لها ولا يجتمعان ما داما متلاعنين ولم يبق التلاعن ولا حكمه بعد الاكذاب
فيجتمعان ولو كان القذف بولد نفى القاضي نسبه والحقه بامه وصورة
اللعان ان يامر الحاكم الرجل فيقول اشهد بالله اني لمن الصادقين فيما
رميتك به من نفي الولد وكذلك في جانب المرأة ولو قذفها بالزنا ونفي
الولد ذكر في اللعان الامرين ثم ينفي القاضي نسب الولد ويلحقه بامه
لما روي انه عليه السلام نفى ولد امرأة هلال بن امية عن هلال والحقه
بها ولان المقصود من هذا اللعان نفي الولد فيوفر عليه مقصوده
ويتضمنه القضاء بالتفريق وعن ابي يوسف رحمه الله ان القاضي يفرق
ويقول قد الزمته امه واخرجته من نسب الاب لانه ينفك عنه فلا بد
من ذكره فان عاد الزوج واكذب نفسه حده القاضي لاقراره بوجوب

الحد

الحد عليه وحل له ان يتزوجها وهذا عندهما لانه لما حد لم يبق اهلا للعان
فارتفع حكمه المنوط به وهو التحريم وكذلك ان قذف غيرها فحد به لما
بينا وكذا اذا زنت فحدت لانتفاء اهلية اللعان من جانبها واذا قذف
امراته وهي صغيرة او مجنونة فلا لعان بينهما لانه لا يحد قاذفها لو كان
اجنبيا فكذا لا يلاعن الزوج لقيامه مقامه وكذا اذا كان الزوج صغيرا
او مجنونا لعدم اهلية الشهادة وقذف الاخرس لا يتعلق به اللعان
لانه يتعلق بالصريح كحد القذف وفيه خلاف الشافعي رحمه الله
وهذا لانه لا يعرى عن الشبهة والحدود تندرئ بها واذا قال
الزوج ليس حملك مني فلا لعان وهذا قول ابي حنيفة وزفر لانه
لا يتيقن بقيام الحمل فلم يصر قاذفا وقال ابو يوسف ومحمد اللعان
يجب بنفي الحمل اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر وهو معنى ما ذكر في
الاصل لانا تيقنا بقيام الحمل عنده فيتحقق القذف قلنا اذا لم يكن
قذفا في الحال يصير كالمعلق بالشرط فكانه قال ان كان بك حمل فليس
مني والقذف لا يصح تعليقه بالشرط وان قال لها زنيت وهذا
الحمل من الزنا تلاعنا لوجود القذف حيث ذكر الزنا صريحا ولم ينف
القاضي الحمل وقال الشافعي ينفيه لانه عليه السلام نفى الولد
عن هلال وقد قذفها حاملا ولنا ان الاحكام لا تترتب عليه الا بعد
الولادة لتمكن الاحتمال قبله والحديث محمول على انه عرف قيام الحمل
بطريق الوحي واذا نفى الرجل ولد امراته عقيب الولادة او في الحالة
التي تقبل التهنئة وتبتاع آلة الولادة صح نفيه ولاعن به وان
نفاه بعد ذلك لاعن وثبت النسب وقال ابو يوسف ومحمد يصح
نفيه في مدة النفاس لان النفي يصح في مدة قصيرة ولا يصح في مدة
طويلة ففصلنا بينهما بمدة النفاس لانه اثر الولادة وله انه لا معنى
للتقدير لان الزمان للتامل واحوال الناس فيه مختلفة فاعتبرنا
ما يدل عليه وهو قبول التهنئة او سكوته عند التهنئة او ابتياعه متاع
الولادة او مضي ذلك الوقت وهو ممتنع عن النفي ولو كان غائبا ولم
يعلم بالولادة ثم قدم تعتبر المدة التي ذكرناها على الاصلين قال
فان ولدت ولدين في بطن واحد فنفى الاول واعترف بالثاني ثبت
نسبهما لانهما توأمان خلقا من ماء واحد وحد الزوج لانه اكذب نفسه

بدعوى الثاني وان اعترف بالاول ونفى الثاني تثبت نسبهما لما ذكرنا و
لاعن لانه قاذف بنفي الثاني ولم يرجع عنه والاقرار بالعفة سابق
على القذف فصار كما اذا قال انها عفيفة ثم قال هي زانية وفي ذلك
التلاعن كذا هذا والله اعلم

باب العنين

واذا كان الزوج عنينا اجله الحاكم سنة فان وصل اليها والا فرق
بينهما اذا طلبت المراة ذلك هكذا روي عن عمر وعلي وابن مسعود رضي
الله عنهم ولان الحق ثابت لها في الوطء ويحتمل ان يكون الامتناع لعلة
معترضة ويحتمل لآفة اصلية فلا بد من مدة معرفة لذلك وقدرناها
بالسنة لاشتمالها على الفصول الاربعة فاذا مضت ولم يصل اليها تبين
العجز بآفة اصلية ففات الامساك بالمعروف ووجب التسريح با
لاحسان فاذا امتنع ناب القاضي منابه ففرق بينهما ولا بد من طلبها
لان التفريق حقها وتلك الفرقة تطليقة بائنة لان فعل القاضي اضيف
الى الزوج فكانه طلقها بنفسه وقال الشافعي هو فسخ لكن النكاح
لا يقبل الفسخ عندنا وانما يقع بائنة لان المقصود وهو دفع الظلم
عنها لا يحصل الا بها لانها لو لم تكن بائنة تعود معلقة بالمراجعة ولها
كمال مهرها ان كان خلا بها فان خلوة العنين صحيحة وتجب العدة لما بينا
من قبل هذا اذا اقر الزوج انه لم يصل اليها ولو اختلف الزوج والمراة
في الوصول اليها فان كانت ثيبا فالقول قوله مع يمينه لانه ينكر استحقاق
حق الفرقة والاصل هو السلامة في الجبلة ثم ان حلف بطل حقها وان
نكل يؤجل سنة وان كانت بكرا نظر اليها النساء فان قلن هي بكر اجل سنة
وان قلن هي ثيب يحلف الزوج فان حلف لا حق لها وان نكل يؤجل سنة
وان كان مجبوبا فرق بينهما في الحال ان طلبت لانه لا فائدة في التاجيل
والخصي يؤجل كما يؤجل العنين لان وطيه مرجو واذا اجل العنين
سنة وقال قد جامعتها وانكرت نظر اليها النساء فان قلن هي بكر خيرت
لان شهادتهن تايدت بمؤيد وهي البكارة وان قلن هي ثيب حلف
الزوج فان نكل خيرت لتايدها بالنكول وان حلف لا تخير وان كانت
ثيبا في الاصل فالقول قوله مع يمينه وقد ذكرناه فان اختارت زوجها
لم يكن لها بعد ذلك خيار لانها رضيت ببطلان حقها وفي التاجيل يعتبر السنة
القمرية هو الصحيح ويحتسب بايام الحيض وشهر رمضان لوجود ذلك في السنة

ولا يحتسب لموضعه ومرضها لان السنة قد يخلو عنه واذا كان بالزوجة
عيب فلا خيار للزوج وقال الشافعي رحمه الله يرد بالعيوب الخمسة
وهي الجذام والبرص والجنون والرتق والقرن لانها تمنع الاستيفاء
حسا وطبعا والطبع مؤيد بالشرع قال عليه السلام فر من المجذوم
فرارك من الاسد ولنا ان فوت الاستيفاء اصلا بالموت لا يوجب
الفسخ فاختلاله بهذه العيوب اولى وهذا لان الاستيفاء من الثمرات
والمستحق التمكن وهو حاصل واذا كان بالزوج جنون او برص او
جذام فلا خيار لها عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لها الخيار دفعا
للضرر عنها كما في الجب والعنة بخلاف جانبه لانه متمكن من دفع الضرر
بالطلاق ولهما ان الاصل عدم الخيار لما فيه من ابطال حق الزوج و
انما يثبت في الجب والعنة لانهما يخلان بالمقصود المشروع له النكاح
وهذه العيوب غير مخلة به فافترقا والله اعلم

باب العدة

قال رحمه الله واذا طلق الرجل امراته طلاقا بائنا او رجعيا او وقعت
الفرقة بينهما بغير طلاق وهي حرة ممن تحيض فعدتها ثلاثة قروء و
الفرقة اذا كانت بغير طلاق فهي في معنى الطلاق لان العدة وجبت
للتعرف عن براءة الرحم في الفرقة الطارئة على النكاح وهذا يتحقق فيها
والاقراء الحيض عندنا وقال الشافعي الاطهار واللفظ حقيقة فيهما
اذ هو من الاضداد كذا قاله ابن السكيت ولا ينتظمهما جملة للاشتراك
والحمل على الحيض اولى اما عملا بلفظ الجمع لانه لو حمل على الاطهار والطلاق
يوقع في طهر لم يبق جمعا او لانه معرف لبراءة الرحم وهو المقصود او لقوله
عليه السلام وعدة الامة حيضتان فيلتحق بيانا به وان كانت لا تحيض
من صغر او كبر فعدتها ثلاثة اشهر لقوله تعالى واللائي يئسن من المحيض الآية
وكذا التي بلغت بالسن ولم تحض باخر الاية وان كانت حاملا فعدتها
بوضع حملها لقوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن و
ان كانت امة فعدتها حيضتان لقوله عليه السلام طلاق الامة تطليقتان
وعدتها حيضتان ولان الرق منصف والحيضة لا تتجزى فكملت فصارت
حيضتين واليه اشار عمر رضي الله عنه بقوله لو استطعت لجعلتها حيضة
ونصفا وان كانت لا تحيض فعدتها شهر ونصف لانه متجزى فامكن تنصيفه
عملا بالرق وعدة الحرة في الوفاة اربعة اشهر وعشر لقوله تعالى ويذرون

ازواجا يتربصن بانفسهن اربعة اشهر وعشرا وعدة الامة شهران وخمسة ايام
لان الرق منصف وان كانت حاملا فعدتها بوضع حملها لاطلاق قوله
تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن وقال عبد الله بن مسعود
من شاء باهلته ان سورة النساء القصرى نزلت بعد التي في سورة البقرة
وقال عمر رضي الله عنه لو وضعت وزوجها على سريره لانقضت عدتها
وحل لها ان تتزوج واذا ورثت المطلقة في المرض فعدتها ابعد الاجلين
فهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف ثلاث حيض
ومعناه اذا كان الطلاق باينا او ثلاثا اما اذا كان رجعيا فعليها عدة
الوفاة بالاجماع لابي يوسف رحمه الله ان النكاح قد انقطع قبل الموت
بالطلاق ولزمها ثلاث حيض وانما تجب عدة الوفاة اذا زال النكاح
بالوفاة الا انه بقي في حق الارث لا في حق تغير العدة بخلاف الرجعي
لان النكاح باق من كل وجه ولهما انه لما بقي في حق الارث يجعل
باقيا في حق العدة احتياطا فيجمع بينهما ولو قتل على ردته حتى ورثته
امرأته فعدتها على هذا الاختلاف وقيل عدتها بالحيض بالاجماع لان
النكاح ما اعتبر باقيا الى وقت الموت في حق الارث لان المسلمة لا ترث
الكافر فان اعتقت الامة في عدتها من طلاق رجعي انتقلت عدتها الى
عدة الحراير لقيام النكاح من كل وجه وان اعتقت وهي مبتوتة او متوفى
عنها زوجها لم تنتقل عدتها الى عدة الحراير لقيام النكاح من كل وجه وان
عتقت وهي مبتوتة او متوفى عنها زوجها تنتقل عدتها لزوال النكاح
بالبينونة والموت وان كانت آيسة فاعتدت بالشهور ثم رات الدم
انتقض ما مضى من عدتها وعليها ان تستانف العدة بالحيض ومعناه اذا
رات على العادة لان عودها يبطل الاياس هو الصحيح فظهر انه لم يكن
خلفا وهذا لان شرط الخلفية تحقق الياس وذلك باستدامة العجز
الى الممات كالفدية في حق الشيخ الفاني ولو حاضت حيضتين ثم ايست
تعتد بالشهور تحرزا عن الجمع بين البدل والمبدل والمنكوحة نكاحا فاسدا
والموطوءة بشبهة عدتهما الحيض في الفرقة والموت لانها للتعرف عن
براءة الرحم لا لقضاء حق النكاح والحيض هو المعرف واذا مات مولى ام الولد
عنها او اعتقها فعدتها ثلاث حيض وقال الشافعي رحمه الله حيضة
واحدة لانها تجب بزوال ملك اليمين فشابهت الاستبراء ولنا انها وجبت

زوال

بزوال الفراش فاشبه عدة النكاح ثم امامنا فيه عمر رضي الله عنه فانه
قال عدة ام الولد ثلاث حيض ولو كانت ممن لا تحيض فعدتها ثلاثة
اشهر كما في النكاح واذا مات الصغير عن امرأته وبها حبل فعدتها ان تضع
حملها وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف عدتها اربعة
اشهر وعشر وهو قول الشافعي رضي الله عنه لان الحمل ليس بثابت النسب
منه فصار كالحادث بعد الموت ولهما اطلاق قوله تعالى واولات
الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن ولانها مقدرة بمدة وضع الحمل في
اولات الاحمال قصرت المدة او طالت لا للتعرف عن فراغ الرحم لشرعها
بالاشهر مع وجود الاقراء لكن لقضاء حق النكاح وهذا المعنى يتحقق في الصبي
وان لم يكن الحمل منه بخلاف الحمل الحادث لانه وجبت العدة بالشهور فلا
يتغير بحدوث الحمل وفيما نحن فيه كما وجبت وجبت مقدرة بمدة الحمل
فافترقا ولا تلزم امرأة الكبير اذا حدث لها الحبل بعد الموت لان النسب
يثبت منه فكان كالقايم عند الموت حكما ولا يثبت نسب الولد في الوجهين
لان الصبي لا ماء له فلا يتصور منه العلوق والنكاح يقام مقامه في موضع
التصور واذا طلق الرجل امرأته في حالة الحيض لم تعتد بالحيضة التي وقع
فيها الطلاق لان العدة مقدرة بثلاث حيض كوامل فلا ينقص عنها واذا
وطئت المعتدة بشبهة فعليها عدة اخرى وتداخلت العدتان ويكون ما
تراه المرأة محتسبا منهما جميعا واذا انقضت العدة الاولى ولم تكمل الثانية
فعليها تمام العدة الثانية وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا
تتداخلان لان المقصود هو العبادة فانه عبادة كف عن التزوج والخروج
فلا يتداخلان كالصومين في يوم واحد ولنا ان المقصود التعرف عن
فراغ الرحم وقد حصل بالواحدة فيتداخلان ومعنى العبادة تابع الا ترى
انها تنقضي بدون علمها ومع تركها الكف والمعتدة عن وفاة اذا وطئت
بشبهة تعتد بالشهور وتحتسب بما تراه من الحيض فيها تحقيقا للتداخل
بقدر الامكان وابتداء العدة في الطلاق عقيب الطلاق وفي الوفاة
عقيب الوفاة فان لم تعلم بالطلاق او الوفاة حتى مضت مدة العدة
فقد انقضت عدتها لان سبب وجوب العدة الطلاق او الوفاة فيعتبر
ابتداها من وقت وجود السبب ومشايخنا رحمهم الله يفتون في الطلاق
ان ابتداها من وقت الاقرار نفيا لتهمة المواضعة والعدة في النكاح

الفاسد عقيب التفريق او عدم الواطي على ترك وطئها وقال زفر رحمه الله من
آخر الوطئات لان الوطء هو السبب الموجب ولنا ان كل وطء وجد في
العقد الفاسد يجري مجرى الوطئة الواحدة لاستناد الكل الى حكم عقد
واحد ولهذا يكتفى في الكل بمهر واحد فقبل المتاركة او العزم لا يثبت
العدة مع جواز وجود غيره ولان التمكن على وجه الشبهة اقيم مقام
حقيقة الوطء لخفائه ومساس الحاجة الى معرفة الحكم في حق غيره واذا
قالت المعتدة قد انقضت عدتي وكذبها الزوج كان القول قولها مع
اليمين لانها امينة في ذلك وقد اتهمت بالكذب فتحلف كالمودع واذا
طلق الرجل امرأته طلاقا بائنا ثم تزوجها في عدتها وطلقها قبل الدخول
بها فعليه مهر كامل وعليها عدة مستقبلة وهذا عند ابي حنيفة
وابي يوسف وقال محمد نصف المهر وعليها تمام العدة الاولى لان هذا
طلاق قبل المسيس فلا يوجب كمال المهر ولا استئناف العدة واكمال العدة
الاولى انما وجب بالطلاق الاول الا انه لم يظهر حال التزوج الثاني
فاذا ارتفع بالطلاق الثاني ظهر حكمه كما لو اشترى ام ولده ثم اعتقها
ولهما انها مقبوضة في يده حقيقة بالوطئة الاولى وبقي اثره وهو العدة
فاذا جدد النكاح وهي مقبوضة ناب ذلك القبض عن القبض المستحق
في هذا النكاح كالغاصب يشتري المغصوب الذي في يده يصير قابضا
بمجرد العقد فوضح بهذا انه طلاق بعد الدخول وقال زفر لا عدة عليها
اصلا لان الاولى قد سقطت بالتزوج فلا تعود والثانية لم تجب و
جوابه ما قلنا قال واذا طلق الذمي الذمية فلا عدة عليها وكذا اذا خرجت
الحربية الينا مسلمة فان تزوجت جاز الا ان تكون حاملا وهذا كله عند
ابي حنيفة وقالا عليها وعلى الذمية العدة اما الذمية فالاختلاف
فيها نظير الاختلاف في نكاحهم محارمهم وقد بيناه في كتاب النكاح وقول
ابي حنيفة فيما اذا كان معتقدهم انه لا عدة واما المهاجرة فوجه قولهما
ان الفرقة لو وقعت بسبب آخر وجبت العدة فكذا بسبب التباين بخلاف
ما اذا هاجر الزوج وتركها لعدم التبليغ وله قوله تعالى لا جناح عليكم ان
تنكحوهن ولان العدة حيث وجبت كان فيها حق بني آدم والحربي ملحق بالجماد
حتى كان محلا للتملك الا ان تكون حاملا لان في بطنها ولدا ثابت النسب
وعن ابي حنيفة انه يجوز ولا يطأها كالحبلى من الزنا والاول اصح والله اعلم

فصل قال رحمه الله وعلى المبتوتة والمتوفى عنها زوجها اذا كانت
بالغة مسلمة الحداد اما المتوفى عنها زوجها فلقوله عليه السلام لا يحل
لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر ان تحد على ميت فوق ثلاثة ايام الا على
زوجها اربعة اشهر وعشرا واما المبتوتة فمذهبنا وقال الشافعي
رحمه الله لا حداد عليها لانه وجب اظهارا للتأسف على فوت زوج وفى
بعهدها الى مماته وقد اوحشها بالابانة فلا تأسف بفوته ولنا ما روي
عن النبي عليه السلام نهى المعتدة عن ان تختضب بالحنا وقال الحنا
طيب ولانه يجب اظهارا للتأسف على فوت نعمة النكاح الذي هو سبب
لصونها وكفاية مؤنتها والابانة اقطع لها من الموت حتى كان لها ان تغسله
ميتا قبل الابانة لا بعدها والحداد ويقال الاحداد وهما لغتان ان
تترك الطيب والزينة والكحل والدهن المطيب وغير المطيب الا من عذر
وفي الجامع الصغير الا من وجع والمعنى فيه وجهان احدهما ما ذكرناه من
اظهار التأسف والثاني ان هذه الاشياء دواعي الرغبة فيها وهي ممنوعة
عن النكاح فتجتنبها كيلا تصير ذريعة الى الوقوع في المحرم وقد صح ان النبي
عليه السلام لم يأذن للمعتدة في الاكتحال والدهن لا يعرى عن نوع
طيب وفيه زينة الشعر ولهذا يمنع المحرم عنه قال الا من
عذر لان فيه ضرورة والمراد الدهن لا الزينة ولو اعتادت الدهن فخافت
وجعا فان كان ذلك امرا ظاهرا يباح لها لان الغالب كالواقع وكذا
لبس الحرير اذا احتاجت اليه لعلة لا بأس به ولا تختضب بالحنا لما روينا
ولا تلبس ثوبا مصبوغا بعصفر ولا بزعفران لانه يفوح منه رائحة الطيب
قال ولا احداد على كافرة لانها غير مخاطبة بحقوق الشرع ولا على صغيرة
لان الخطاب موضوع عنها وعلى الامة الاحداد لانها مخاطبة بحقوق الله
تعالى فيما ليس فيه ابطال حق المولى بخلاف المنع من الخروج لان فيه ابطال
حقه وحق العبد مقدم لحاجته وليس في عدة ام الولد ولا في عدة النكاح
الفاسد احداد لانها ما فاتها نعمة النكاح ليظهر التأسف والاباحة اصل
ولا ينبغي ان تخطب المعتدة ولا بأس بالتعريض في الخطبة لقوله تعالى
ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء الى ان قال ولكن لا تواعدوهن
سرا الا ان تقولوا قولا معروفا وقال عليه السلام السر
النكاح وقال ابن عباس رضي الله عنهما التعريض ان يقول اني اريد ان اتزوج

وعن سعيد بن جبير رحمه الله في القول المعروف اني فيك لراغب واني
اريد ان نجتمع ولا يجوز للمطلقة الرجعية والمبتوتة الخروج من بيتها ليلا
ولا نهارا والمتوفى عنها زوجها تخرج نهارا وبعض الليل ولا تبيت في غير
منزلها اما المطلقة فلقوله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا
ان ياتين بفاحشة مبينة قيل الفاحشة نفس الخروج وقيل الزنا ويخرجن
لاقامة الحد واما المتوفى عنها زوجها فلانه لا نفقة لها فتحتاج الى الخروج
نهارا لطلب المعاش وقد يمتد الى ان يهجم الليل ولا كذلك المطلقة لان
النفقة دارة عليها من مال الزوج حتى لو اختلعت على نفقة عدتها قيل
انها تخرج نهارا وقيل لا تخرج لانها اسقطت حقها فلا يبطل به حق عليها
وعلى المعتدة ان تعتد في المنزل الذي يضاف اليها بالسكنى حال وقوع
الفرقة والموت لقوله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن والبيت المضاف اليها
هو الذي تسكنه ولهذا لو زارت اهلها وطلقها زوجها كان عليها ان تعود
الى منزلها فتعتد فيه وقال عليه السلام للتي قتل زوجها اسكني
في بيتك حتى يبلغ الكتاب اجله وان كان نصيبها من دار الميت لا يكفيها
فاخرجها الورثة من نصيبهم انتقلت لان هذا انتقال بعذر والعبادات
تؤثر فيها الاعذار وصار كما اذا خافت على متاعها او خافت سقوط المنزل
او كانت فيها بالاجر ولا تجد ما تؤديه ثم ان وقعت الفرقة بطلاق باين
او ثلاث لا بد من سترة بينهما ثم لا باس به لانه معترف بالحرمة الا ان يكون
فاسقا يخاف عليها فحينئذ تخرج لانه عذر ولا تخرج عما انتقلت
اليه والاولى ان يخرج هو ويتركها وان جعلا بينهما امراة ثقة تقدر
على الحيلولة فحسن وان ضاق عليهما المنزل فلتخرج والاولى خروجه
قال واذا خرجت المراة مع زوجها الى مكة فطلقها ثلاثا او مات
عنها فان كان بينها وبين مصرها اقل من ثلاثة ايام رجعت الى مصرها
لانه ليس ابتداء الخروج معنى بل هو بناء وان كانت ثلاثة ايام ان شاءت
رجعت وان شاءت مضت كان معها ولي او لم يكن معناه اذا كان الى
المقصد ثلاثة ايام ايضا لان المكث في ذلك المكان اخوف عليها من
الخروج الا ان الرجوع اولى ليكون الاعتداد في منزل الزوج قال
الا ان يكون طلقها او مات عنها فانها لا تخرج حتى تعتد ثم تخرج ان كان
لها محرم فلا باس بان تخرج من المصر قبل ان تعتد وهذا عند ابي حنيفة

وقال ابو يوسف ومحمد رحمهم الله ان كان معها محرم فلا باس بان تخرج
من المصر قبل ان تعتد لهما ان نفس الخروج مباح دفعا لاذى الغربة
ووحشة الوحدة فهذا عذر وانما الحرمة للسفر وقد ارتفعت بالمحرم
وله ان العدة امنع من الخروج من عدم المحرم فان للمراة ان تخرج الى
ما دون السفر بغير محرم وليس للمعتدة ذلك فلما حرم عليها الخروج
الى السفر بغير المحرم ففي العدة اولى والله اعلم **باب**
ثبوت النسب ومن قال ان تزوجت فلانة فهي طالق فتزوجها
فولدت ولدا لستة اشهر من يوم تزوجها فهو ابنه وعليه المهر اما النسب
فلانها فراشه لانها لما جاءت بالولد لستة اشهر من وقت النكاح فقد
جاءت به لاقل منها من وقت الطلاق فكان العلوق قبله في حالة النكاح
والتصور ثابت بان تزوجها وهو يخالطها فوافق الانزال النكاح و
النسب يحتاط في اثباته واما المهر فلانه لما ثبت النسب منه جعل واطئا
حكما فتاكد المهر ويثبت نسب ولد المطلقة الرجعية اذا جاءت به
لسنتين او اكثر ما لم تقر بانقضاء عدتها لاحتمال العلوق في حالة العدة لجواز
انها تكون ممتدة الطهر وان جاءت به لاقل من سنتين بانت من زوجها
بانقضاء العدة وثبت نسبه لوجود العلوق في النكاح او في العدة
ولا يصير مراجعا لانه يحتمل العلوق قبل الطلاق ويحتمل بعده فلا
يصير مراجعا بالشك وان جاءت به لاكثر من سنتين كانت رجعة لان
العلوق بعد الطلاق والظاهر منه لا من الزنا منها فيصير بالوطء
مراجعا والمبتوتة يثبت نسب ولدها اذا جاءت به لاقل من سنتين
لانه يحتمل ان يكون الولد قائما وقت الطلاق فلا يتيقن بزوال
الفراش قبل العلوق فيثبت النسب احتياطا وان جاءت به لتمام
سنتين من وقت الفرقة لم يثبت لان الحمل حادث بعد الطلاق فلا
يكون منه لان وطئها حرام قال الا ان يدعيه لانه التزمه وله
وجه بان وطئها بشبهة في العدة فان كانت المبتوتة صغيرة يجامع
مثلها فجاءت بولد لتسعة اشهر لم يلزمه حتى ياتي به لاقل من تسعة اشهر
عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف يثبت النسب منه
الى سنتين لانها معتدة يحتمل ان تكون حاملا ولم تقر بانقضاء العدة
فاشبهت الكبيرة ولهما ان لانقضاء عدتها جهة متعينة وهو الاشهر

فيمضيها بحكم الشرع لانقضائها وهو فوق الدلالة فوق اقرارها لانه لا يحتمل
الخلاف والاقرار يحتمله وان كانت مطلقة طلاقا رجعيا فكذلك الجواب
عندهما وعنده يثبت الى سبعة وعشرين شهرا لانه يجعل واطئا في آخر
العدة وهي ثلاثة اشهر ثم تاتي به لاكثر مدة الحمل وهو سنتان وان كانت
الصغيرة ادعت الحبل في العدة فالجواب فيها وفي الكبيرة سواء لان
باقرارها حكم ببلوغها ويثبت نسب ولد المتوفى عنها زوجها ما بين الوفاة
وبين سنتين وقال زفر رحمه الله اذا جاءت به بعد انقضاء عدة الوفاة
لستة اشهر لا يثبت النسب لان الشرع حكم بانقضاء عدتها بالشهور لتعين
الجهة فصار كما اذا اقرت بالانقضاء كما بينا في الصغيرة الا انا نقول
لانقضاء عدتها جهة اخرى وهو وضع الحمل بخلاف الصغيرة لان الاصل
فيها عدم الحمل لانها ليست بمحل قبل البلوغ وفيه شك واذا اعترفت
المعتدة بانقضاء عدتها ثم جاءت بالولد لاقل من ستة اشهر يثبت نسبه
لانه ظهر كذبها بيقين فيبطل الاقرار وان جاءت به لستة اشهر لم يثبت لانا
لا نعلم ببطلان الاقرار لاحتمال الحدوث بعده وهذا اللفظ باطلاقه
يتناول كل معتدة واذا ولدت المعتدة ولدا لم يثبت نسبه عند ابي حنيفة
الا ان يشهد بولادتها رجلان او رجل وامراتان الا ان يكون هناك
حبل ظاهر او اعتراف من قبل الزوج فيثبت النسب من غير شهادة وقال
ابو يوسف ومحمد يثبت في الجميع بشهادة امراة واحدة لان الفراش قائم
لقيام العدة وهو ملزم للنسب والحاجة الى تعيين الولد فيتعين بشهادتها
كما في حال قيام النكاح ولابي حنيفة ان العدة تنقضي باقرارها بوضع
الحمل والمنقضي ليس بحجة فمست الحاجة الى اثبات النسب ابتداء فيشترط
كمال الحجة بخلاف ما اذا كان ظهر الحبل او صدر الاعتراف لان النسب ثابت
قبل الولادة والتعيين يثبت بشهادتها وان كانت معتدة عن وفاة
فصدقها الورثة في الولادة ولم يشهد على الولادة احد فهو ابنه في قولهم
جميعا وهذا في حق الارث ظاهر لانه خالص حقهم فيقبل فيه تصديقهم
اما في حق النسب هل يثبت في حق غيرهم قالوا اذا كانوا من اهل الشهادة
يثبت لقيام الحجة ولهذا قيل تشترط لفظة الشهادة وقيل لا تشترط
لان الثبوت في حق غيرهم تبع للثبوت في حقهم باقرارهم وما ثبت تبعا لا يراعى
فيه الشرائط واذا تزوج الرجل امراة فجاءت بالولد لاقل من ستة اشهر منذ يوم

تزوجها

تزوجها لم يثبت نسبه لان العلوق سابق على النكاح فلا يكون منه
وان جاءت به لستة اشهر فصاعدا يثبت نسبه منه اعترف به الزوج او سكت
لان الفراش قائم والمدة تامة فان جحد الولادة يثبت بشهادة امراة
واحدة تشهد بالولادة حتى لو نفاه الزوج يلاعن لان النسب يثبت
بالفراش القائم واللعان انما يجب بالقذف وليس من ضرورته وجود
الولد فانه يصح بدونه فان ولدت ثم اختلفا فقال الزوج تزوجتك
منذ اربعة اشهر وقالت هي منذ ستة اشهر فالقول قولها وهو ابنه
لان الظاهر شاهد لها فانها تلد ظاهرا من نكاح لا من سفاح ولم يذكر
الاستحلاف وهو على الاختلاف وان قال لامراته اذا ولدت فانت
طالق فشهدت امراة على الولادة لم تطلق عند ابي حنيفة وقالا تطلق
لان شهادتها حجة في ذلك قال عليه السلام شهادة النساء جائزة
فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه ولانها لما قبلت على الولادة تقبل
فيما يبتنى عليها وهو الطلاق ولابي حنيفة رحمه الله انها ادعت الحنث
فلا يثبت الا بحجة تامة وهذا لان شهادتهن ضرورية في الولادة فلا
تظهر في حق الطلاق لانه ينفك عنها وان كان الزوج قد اقر بالحبل طلقت
من غير شهادة عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يشترط شهادة القابلة
لانه لا بد من حجة لدعواها الحنث وشهادتها حجة فيه على ما بينا وله
ان الاقرار بالحبل اقرار بما يفضي اليه وهو الولادة ولانه اقر بكونها مؤتمنة
فيقبل قولها في رد الامانة قال واكثر مدة الحمل سنتان لقول
عائشة رضي الله عنها الولد لا يبقى في البطن اكثر من سنتين ولو
بظل مغزل واقله ستة لقوله تعالى وحمله وفصاله ثلاثون شهرا
ثم قال وفصاله في عامين فبقي للحمل ستة اشهر والشافعي رحمه الله
يقدر الاكثر باربع سنين والحجة عليه ما رويناه والظاهر انها قالته
سماعا اذ العقل لا يهتدي اليه ومن تزوج امة فطلقها ثم اشتراها
فان جاءت بولد لاقل من ستة اشهر منذ يوم اشتراها لزمه والا
لم يلزمه لانه ولد المعتدة في الوجه الاول فان العلوق سابق على
الشراء وفي الوجه الثاني ولد المملوكة لانه يضاف الحادث الى اقرب وقته
فلا بد من دعوة وهذا اذا كان الطلاق واحدا بائنا او خلعا او رجعيا
اما اذا كان اثنتين يثبت النسب الى سنتين من وقت الطلاق لانها

حرمت حرمة غليظة فلا يضاف العلوق الا الى ما قبله لانها لا تحل بالنكاح
ومن قال لامته ان كان في بطنك ولد فهو مني فشهدت على الولادة
امراة فهي ام ولده لان الحاجة الى تعيين الولد ويثبت ذلك بشهادة
القابلة بالاجماع ومن قال لغلام هو ابني ثم مات فجاءت ام الغلام
وقالت انا امراته فهي امراته وهو ابنه يرثانه وفي النوادر جعل هذا
جواب الاستحسان والقياس ان لا يكون لها الميراث لان النسب كما
يثبت بالنكاح الصحيح يثبت بالفاسد وبالوطء عن شبهة وبملك
اليمين فلم يكن قوله اقرارا بالنكاح وجه الاستحسان ان المسئلة فيما
اذا كانت معروفة بالحرية وبكونها ام الغلام والنكاح الصحيح هو
المتعين لذلك وضعا وعادة ولو لم يعلم انها حرة فقالت الورثة انت
ام ولد فلا ميراث لها لان ظهور الحرية باعتبار الدار حجة في دفع الرق
لا في استحقاق الارث

باب الولد من احق به

واذا وقعت الفرقة بين الزوجين فالام احق بالولد لما روي ان امراة
قالت يا رسول الله ان ابني هذا كان بطني له وعاء وحجري له حواء وثديي
له سقاء وزعم ابوه انه ينزعه مني فقال رسول الله عليه السلام انت
احق به ما لم تتزوجي ولان الام اشفق واقدر على الحضانة فكان الدفع
اليها انظر واليه اشار الصديق رضي الله عنه بقوله ريقها خير له من شهد
وعسل عندك يا عمر قاله حين وقعت الفرقة بينه وبين امراته والصحابة
حاضرون متوافرون والنفقة على الاب على ما نذكر ولا تجبر الام عليها
لانها عست تعجز عن الحضانة فان لم تكن له ام فام الام اولى من ام الاب وان بعدت
لان هذه الولاية تستفاد من قبل الامهات فان لم تكن فام الاب اولى
من الاخوات لانها من الامهات ولهذا تحرز ميراثهن السدس ولانها
اوفر شفقة للولد فان لم تكن جدة فالاخوات اولى من العمات لانهن
بنات الابوين ولهذا قدمن في الميراث وفي رواية الخالة اولى من
الاخت لاب لقوله عليه السلام الخالة والدة وقيل في قوله تعالى
ورفع ابويه على العرش انها كانت خالته وتقدم الاخت لاب وام لانها
اشفق ثم الاخت من الام ثم الاخت من الاب لان الحق من قبل الام
ثم الخالات اولى من العمات ترجيحا لقرابة الام وينزلن كما نزلنا الا
خوات معناه ترجيح ذات قرابتين ثم قرابة الام ثم العمات ينزلن كذلك

وكل من تزوجت من هؤلاء سقط حقها لما روينا ولان زوج الام اذا
كان اجنبيا يعطيه نزرا وينظر اليه شزرا فلا نظر قال الا الجدة
اذا كان زوجها الجد لانه قام مقام ابيه فينظر له وكذلك كل زوج هو
ذو رحم محرم منه لقيام الشفقة نظرا الى القرابة القريبة ومن سقط
حقها بالتزوج يعود اذا ارتفعت الزوجية لان المانع قد زال فان
لم يكن للصبي امراة من اهله فاختصم فيه الرجال فاولاهم اقربهم
تعصيبا لان الولاية للاقرب وقد عرف الترتيب في موضعه غير ان
الصغيرة لا تدفع الى عصبة غير محرم كمولى العتاقة وابن العم تحرزا
عن الفتنة والام والجدة احق بالغلام حتى ياكل وحده ويشرب وحده
ويلبس وحده ويستنجي وحده وفي الجامع الصغير حتى يستغني فياكل
وحده ويشرب وحده والمعنى واحد لان تمام الاستغناء بالقدرة
على الاستنجاء ووجهه انه اذا استغنى يحتاج الى التادب والتخلق
باداب الرجال واخلاقهم والاب اقدر على التاديب والتثقيف وقدر
الخصاف رحمه الله الاستغناء بسبع سنين اعتبارا للغالب والام
والجدة احق بالجارية حتى تحيض لان بعد الاستغناء تحتاج الى معرفة
اداب النساء والمراة على ذلك اقدر وبعد البلوغ تحتاج الى التحصين
والحفظ والاب فيه اقوى واهدى وعن محمد رحمه الله انها تدفع الى الاب
اذا بلغت حد الشهوة لتحقق الحاجة الى الصيانة ومن سوى الام والجدة
احق بالجارية حتى تبلغ حدا تشتهى وفي الجامع الصغير حتى تستغني
لانها لا تقدر على استخدامها ولهذا لا تؤاجرها للخدمة فلا يحصل المقصود
بخلاف الام والجدة لقدرتهما عليه شرعا قال والامة اذا اعتقها
مولاها وام الولد اذا اعتقت كالحرة في حق الولد لانهما حرتان اوان
ثبوت الحق وليس لهما قبل العتق حق في الولد لعجزهما عن الحضانة بالا
شتغال بخدمة المولى والذمية احق بولدها المسلم ما لم يعقل الا
ديان او يخف ان يالف الكفر للنظر قبل ذلك واحتمال الضرر بعده
ولا خيار للغلام والجارية وقال الشافعي لهما الخيار لان النبي عليه
السلام خير ولنا انه لقصور عقله يختار من عنده الدعة لتخليته بينه وبين
اللعب فلا يتحقق النظر وقد صح ان الصحابة رضي الله عنهم لم يخيروا
واما الحديث قلنا قد قال عليه السلام اللهم اهده فوفق لاختيار

التثقيف وضع الثقاف [illegible] تسوية الرمح [illegible] والنبل [illegible] سبع سنين [illegible] النبي عليه [illegible] الصلوة [illegible] الحضانة [illegible]

لا تجب لان التسليم لم يصح قالوا هذا حسن وفي لفظ الكتاب ما يشير
اليه ويفرض على الزوج النفقة اذا كان موسرا ونفقة خادمها
والمراد بهذا بيان نفقة الخادم ولهذا ذكر في بعض النسخ ويفرض على
الزوج اذا كان موسرا نفقة خادمها ووجهه ان كفايتها واجبة عليه
وهذا من تمامها اذ لا بد لها منه ولا يفرض لاكثر من خادم واحد وهذا
عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يفرض لخادمين لانها تحتاج الى
احدهما لمصالح الداخل والى الآخر لمصالح الخارج ولهما ان الواحد يقوم
بالامرين فلا ضرورة الى اثنين ولانه لو تولى كفايتها بنفسه كان كافيا
فكذا اذا اقام الواحد مقام نفسه وقالوا ان الزوج الموسر يلزمه نفقة
الخادم ما يلزم المعسر من نفقة امرأته وهو ادنى الكفاية وقوله في
الكتاب اذا كان موسرا اشارة الى انه لا تجب نفقة الخادم عند اعساره
وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله وهو الاصح خلافا لما قاله محمد لان الواجب
على المعسر ادنى الكفاية وهي قد تكتفي بخدمة نفسها قال ومن اعسر
بنفقة امرأته لم يفرق بينهما ويقال لها استديني عليه وقال الشافعي
يفرق لانه عجز عن الامساك بالمعروف فينوب القاضي منابه في التفريق
كما في الجب والعنة بل اولى لان الحاجة الى النفقة اقوى ولنا ان حقه
يبطل وحقها يتأخر والاول اقوى في الضرر وهذا لان النفقة تصير دينا
بفرض القاضي فتستوفى في الزمان الثاني وفوت المال وهو تابع في النكاح لا
يلحق بما هو المقصود وهو التوالد وفائدة الامر بالاستدانة مع الفرض
ان يمكنها احالة الغريم على الزوج فاما اذا كانت الاستدانة بغير امر القاضي
كانت المطالبة عليها دون الزوج واذا قضى القاضي لها بنفقة الاعسار
ثم ايسر فخاصمته تمم لها نفقة الموسر لان النفقة تختلف باختلاف اليسار
والاعسار وما قضى به تقدير لنفقة لم تجب فاذا تبدل حاله لها المطالبة
بتمام حقها واذا مضت مدة لم ينفق الزوج عليها وطالبته بذلك فلا
شيء لها الا ان يكون القاضي فرض لها النفقة او صالحت الزوج على مقدار
فيها فيقضي لها بنفقة ما مضى لان النفقة صلة وليست بعوض عندنا
على ما مر من قبل فلا يستحكم الوجوب فيها الا بالقضاء كالهبة لا توجب الملك
الا بمؤكد وهو القبض والصلح بمنزلة القضاء لان ولايته على نفسه اقوى
من ولاية القاضي بخلاف المهر لانه عوض وان مات الزوج بعد ما قضى

عليه

عليه بالنفقة ومضت شهور سقطت النفقة وكذا اذا ماتت الزوجة
لان النفقة صلة والصلات تسقط بالموت كالهبة تبطل بالموت
قبل القبض وقال الشافعي رحمه الله تصير دينا قبل القضاء ولا تسقط
بالموت لانه عوض عنده فصار كسائر الديون وجوابه قد بيناه وان اسلفها
نفقة السنة اي عجلها ثم مات الزوج لم يسترجع منها شيء وهذا
عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يحتسب لها نفقة ما مضى وما
بقي للزوج وهو قول الشافعي وعلى هذا الخلاف الكسوة لانها استعجلت
عوضا عما تستحقه بالاحتباس وقد بطل الاستحقاق بالموت فيبطل
العوض بقدره كرزق القاضي وعطاء المقاتلة ولهما انه صلة وقد
اتصل به القبض ولا رجوع في الصلات بعد الموت لانتهاء حكمها كما في
الهبة ولهذا لو هلكت من غير استهلاك لا يسترد منها شيء بالاجماع
وعن محمد انها اذا قبضت نفقة الشهر او ما دونه لا يسترجع منها شيء
لانه يسير فصار في حكم الحال واذا تزوج العبد حرة فنفقتها دين عليه
يباع فيها ومعناه اذا تزوج باذن مولاه لانه دين وجب في ذمته لوجود
سببه وقد ظهر وجوبه في حق المولى فيتعلق برقبته كدين التجارة
في العبد التاجر وله ان يفدي لان حقها في النفقة لا في عين الرقبة
فلو مات العبد سقطت وكذا اذا قتل في الصحيح لانه صلة وان
تزوج الحر امة فبوأها مولاها معه منزلا فعليه النفقة لانه تحقق
الاحتباس وان لم يبوئها فلا نفقة لها لعدم الاحتباس والتبوئة
ان يخلي بينها وبينه في منزله ولا يستخدمها ولو استخدمها بعد التبوئة
سقطت النفقة لانه فات الاحتباس والتبوئة غير لازمة على ما مر في
النكاح ولو خدمته الجارية احيانا من غير ان يستخدمها لا يسقط النفقة
لانه لم يستخدمها ليكون استردادا والمدبرة وام الولد في هذا كالامة
والله اعلم

فصل

وعلى الزوج ان يسكنها في دار مفردة
ليس فيها احد من اهله الا ان تختار ذلك لان السكنى من كفايتها
فتجب لها كالنفقة وقد اوجبه الله تعالى مقرونا بالنفقة واذا وجب
حقا لها ليس له ان يشرك غيرها فيه لانها تتضرر به فانها لا تأمن على متاعها
ويمنعها ذلك من المعاشرة مع زوجها ومن الاستمتاع الا ان تختار لانها
رضيت بانتقاص حقها وان كان له ولد من غيرها ليس له ان يسكنه معها

لما بينا ولو اسكنها في بيت من الدار مفرد وله غلق كفاها لان المقصود قد
حصل وله ان يمنع والديها وولدها من غيره واهلها الدخول عليها لان
المنزل ملكه فله حق المنع من دخول ملكه ولا يمنعهم من النظر اليها وكلامها
في اي وقت اختاروا لما فيه من قطيعة الرحم وليس له في ذلك ضرر وقيل
لا يمنعهم من الدخول والكلام وانما يمنعهم من القرار لان الفتنة في
اللباث وتطويل الكلام وقيل لا يمنعها من الخروج الى الوالدين ولا
يمنعهما من الدخول عليها في كل جمعة وفي غيرهما من المحارم التقدير بسنة
وهو الصحيح واذا غاب الرجل وله مال في يد رجل يعترف به وبالزوجية
فرض القاضي في ذلك المال نفقة زوجة الغايب وولده الصغار
ووالديه وكذا اذا علم القاضي ذلك ولم يعترف به لانه لما اقر بالزوجية
والوديعة فقد اقر ان حق الاخذ لها لان لها ان تاخذ من مال الزوج
حقها من غير رضاه واقرار صاحب اليد مقبول في حق نفسه لا سيما
هنا لانه لو انكر احد الامرين لا يقبل بينة المراة فيه لان المودع ليس
بخصم في اثبات الزوجية عليه ولا المراة خصم في اثبات حقوق الغايب
واذا ثبت في حقه تعدى الى الغايب وكذا اذا كان المال في يده مضاربة
وكذا الجواب في الدين وهذا كله اذا كان المال من جنس حقها دراهم
او دنانير او طعاما او كسوة من جنس حقها اما اذا كان من خلاف جنسه
لا يفرض النفقة فيه لانه يحتاج الى البيع ولا يباع مال الغايب بالاتفاق
اما عند ابي حنيفة فلانه لا يباع على الحاضر وكذا على الغايب واما عندهما
ان كان يقضي على الحاضر لانه يعرف امتناعه قال ويأخذ منها كفيلا
بها نظرا للغايب لانها ربما استوفت النفقة او طلقها الزوج وانقضت
عدتها فرق بينها وبين الميراث اذا قسم بين ورثة حضور بالبينة ولم يقولوا
لا نعلم وارثا اخر لا يوخذ منهم الكفيل عند ابي حنيفة رحمه الله لان هناك
المكفول له مجهول وههنا معلوم وهو الزوج ويحلفها بالله ما اعطاها
النفقة نظرا للغايب قال ولا يقضي في مال الغايب الا لهولاء ووجه
الفرق وهو ان نفقة هولاء واجبة قبل قضا القاضي ولهذا كان
لهم ان ياخذوا فكان قضا القاضي اعانة لهم اما غيرهم من المحارم
فنفقتهم انما تجب بالقضا لانه مجتهد فيه والقضا على الغايب لا يجوز
ولو لم يعلم القاضي بذلك ولم يكن مقرا به فاقامت البينة على الزوجية

او لم يخلف مالا فاقامت البينة ليفرض القاضي نفقتها على الغايب ويامرها
بالاستدانة لا يقضي القاضي لان في ذلك قضا على الغايب وقال زفر
رحمه الله يقضي لان فيه نظرا لها ولا ضرر فيه على الغايب فانه لو حضر
وصدقها فقد اخذت حقها فان جحد يحلف فان نكل فقد صدق وان
اقامت بينة فقد ثبت حقها وان عجزت يضمن الكفيل او المراة وعمل
القضاة اليوم على هذا انه يقضي بالنفقة على الغايب لحاجة الناس
وهو مجتهد فيه وفي هذه المسئلة اقاويل مرجوع عنها فلم نذكرها والله اعلم

فصل واذا طلق الرجل امراته فلها النفقة والسكنى في عدتها
رجعيا كان او باينا وقال الشافعي رحمه الله لا نفقة للمبتوتة
الا اذا كانت حاملا اما الرجعي فلان النكاح بعد قايم لا سيما عندنا
فانه يحل له الوطء واما الباين فوجه قوله ما روي عن فاطمة بنت قيس
قالت طلقني زوجي ثلاثا فلم يفرض لي رسول الله سكنى ولا نفقة
ولانه لا ملك وهي مرتبة على الملك ولهذا لا يجب للمتوفى عنها زوجها
لانعدامه بخلاف ما اذا كانت حاملا لانا عرفناه بالنص وهو قوله
تعالى وان كن اولات حمل فانفقوا عليهن الاية ولنا ان النفقة
جزاء الاحتباس على ما ذكرنا والاحتباس قايم في حق حكم مقصود بالنكاح
وهو الولد اذ العدة واجبة لصيانة الولد فتجب النفقة ولهذا كان
لها السكنى بالاجماع وصار كما اذا كانت حاملا وحديث فاطمة رده عمر
رضي الله عنه لا ندع كتاب ربنا وسنة نبينا بقول امراة لا ندري صدقت
ام كذبت حفظت ام نسيت سمعت رسول الله عليه السلام يقول
للمطلقة الثلاث النفقة والسكنى ما دامت في العدة وردها
ايضا زيد بن ثابت واسامة بن زيد وجابر وعايشة رضي الله عنهم
ولا نفقة للمتوفى عنها زوجها لان احتباسها ليس لحق الزوج بل لحق
الشرع فان التربص عبادة منها الا ترى ان معنى التعرف عن براءة الرحم
ليس بمراعى فيه حتى لا يشترط فيها الحيض فلا تجب نفقتها عليه ولان النفقة
تجب شيئا فشيئا ولا ملك له بعد الموت فلا يمكن ايجابها في ملك الورثة
وكل فرقة جاءت من قبل المراة بمعصية مثل الردة وتقبيل ابن الزوج
فلا نفقة لها لانها صارت حابسة نفسها بغير حق وصارت كما اذا كانت
ناشزة بخلاف المهر بعد الدخول لانه وجب بالتسليم لحصل المهر بالوطي و

وبخلاف ما اذا جاءت الفرقة من قبلها بغير معصية كخيار العتق وخيار
البلوغ والتفريق لعدم الكفاءة لانها حبست نفسها بحق وذلك
لا يسقط النفقة كما اذا حبست نفسها لاستيفاء المهر وان طلقها
ثلاثا ثم ارتدت والعياذ بالله سقطت نفقتها وان مكنت ابن زوجها
من نفسها فلها النفقة معناها مكنت بعد الطلاق لان الفرقة تثبت
بالطلقات الثلاث ولا عمل فيها للردة والتمكين الا ان المرتدة تحبس
حتى تتوب ولا نفقة للمحبوسة والممكنة لا تحبس فلهذا يقع الفرق

فصل ونفقة الاولاد الصغار على الاب لا يشاركه
فيها احد كما لا يشاركه في نفقة الزوجة لقوله تعالى وعلى المولود له
رزقهن والمولود له هو الاب وان كان الصغير رضيعا فليس على امه
ان ترضعه لما بينا ان الكفاية على الاب واجرة الرضاع كالنفقة
ولانها عسى لا تقدر عليه لعذر بها فلا معنى للجبر عليه وقيل في تاويل
قوله تعالى لا تضار والدة بولدها بالزامها الارضاع مع كراهتها
وهذا الذي ذكرنا بيان الحكم وذلك اذا كان يوجد من ترضعه
اما اذا كان لا يوجد تجبر على الارضاع صيانة للصبي عن الضياع قال
ويستاجر الاب من ترضعه عندها اما استيجار الاب فلان الاجر
عليه وقوله عندها معناها اذا ارادت ذلك لان الحجر لها وان استا
جرها وهي زوجته او معتدة لترضع ولدها لم يجز لان الارضاع مستحق
عليها ديانة قال الله تعالى والوالدات يرضعن اولادهن الا انها
عذرت لاحتمال عجزها فاذا اقدمت عليه وهذا في المعتدة عن طلاق
رجعي رواية واحدة وكذا في المبتوتة في رواية وفي رواية اخرى جاز
استيجارها لان النكاح قد زال وجه الاول انه باق في حق بعض الاحكام
ولو استاجرها وهي منكوحة او معتدة لارضاع ابن له من غيرها جاز
لانه غير مستحق عليها وان انقضت عدتها فاستاجرها يعني لارضاع ولدها
جاز لان النكاح قد زال بالكلية وصارت كالاجنبية فان قال الاب
لا استاجرها وجاء بغيرها فرضيت الام بمثل اجر الاجنبية او رضيت بغير
اجر كانت هي احق لانها اشفق وكان نظر الصبي في الدفع اليها وان
التمست زيادة لم يجبر الزوج عليها دفعا للضرر عنه واليه الاشارة
في قوله تعالى لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده اي بالزامه

لها اكثر من اجرة الاجنبية ونفقة الصغيرة واجبة على ابيه وان خالفه
في دينه كما تجب نفقة الزوجة على الزوج وان خالفته في دينه اما الولد
فلاطلاق ما تلونا ولانه جزءه فيكون في معنى نفسه واما الزوجة
فلان السبب هو العقد الصحيح فانه بازاء الاحتباس الثابت به
وقد صح العقد بين المسلم والكافرة وترتب عليه الاحتباس فوجبت
النفقة وفي جميع ما ذكرنا انما تجب النفقة على الاب اذا لم يكن
للصغير مال اما اذا كان فالاصل ان نفقة الانسان في مال نفسه
صغيرا كان او كبيرا

فصل وعلى الرجل ان ينفق على ابويه
واجداده وجداته اذا كانوا فقراء وان خالفوه في دينه اما الابوان
فلقوله تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا نزلت في الابوين الكافرين
وليس من المعروف ان يعيش في نعم الله تعالى ويتركهما يموتان جوعا واما
الجدات والاجداد فلانهم من الاباء والامهات ولهذا يقوم الجد مقام
الاب عند عدمه ولانهم سببوا لاحيائه فاستوجبوا عليه الاحياء بمنزلة
الابوين وشرط الفقر لانه لو كان ذا مال فايجاب نفقته في ماله اولى
من ايجابها في مال غيره ولا يمتنع ذلك باختلاف الدين لما تلوناه ولا تجب
النفقة مع اختلاف الدين الا للزوجة والابوين والاجداد والجدات
والولد وولد الولد اما الزوجة فلما ذكرنا انها واجبة لها بالعقد
لاحتباسها لحق له مقصود وهذا لا يتعلق باتحاد الملة فاما غيرها
فلان الجزئية ثابتة وجزء المرء في معنى نفسه فكما لا يمتنع نفقة نفسه
بكفره لا يمتنع نفقة جزئه الا انهم اذا كانوا حربيين لا تجب نفقتهم على
المسلم وان كانوا مستامنين لانا نهينا عن البر في حق من يقاتلنا
في الدين ولا تجب على النصراني نفقة اخيه المسلم وكذا لا تجب على
المسلم نفقة اخيه النصراني لان النفقة متعلقة بالارث بالنص
بخلاف العتق عند الملك لانه متعلق بالقرابة والمحرمية بالحديث ولان
القرابة موجبة للصلة ومع الاتفاق في الدين اكد ودوام ملك اليمين
اعلى في القطيعة من حرمان النفقة فاعتبرنا في الاعلى اصل العلة وفي
الادنى العلة المؤكدة فلهذا افترقا ولا يشارك الولد في نفقة ابويه
احد لان لهما تاويلا في مال الولد بالنص ولا تاويل لهما في مال غيره
ولانه اقرب الناس اليهما فكان اولى باستحقاق نفقتهما عليه وهي

على الذكور والاناث بالسوية في ظاهر الرواية وهو الصحيح لان المعنى
يشملهما والنفقة لكل ذي رحم محرم اذا كان صغيرا فقيرا او كانت امراة
بالغة فقيرة او كان ذكرا فقيرا زمنا او اعمى لان الصلة في القرابة
القريبة واجبة دون البعيدة والفاصل ان يكون ذا رحم محرم وقد قال
الله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك وفي قراءة ابن مسعود رضي الله عنه
وعلى الوارث ذي الرحم المحرم مثل ذلك ثم لا بد من الحاجة والصغر
والانوثة والزمانة والعمى امارة الحاجة لتحقق العجز فان القادر على
الكسب غني بكسبه بخلاف الابوين لانه يلحقهما تعب الكسب والولد
مامور بدفع الضرر عنهما فيجب نفقتهما مع قدرتهما على الكسب قال
ويجب ذلك على مقدار الميراث ويجبر عليه لان التنصيص تنبيه على اعتبار
المقدار ولان الغرم بالغنم والجبر لايفائه حق مستحق قال ويجب
نفقة الابنة البالغة والابن الزمن على ابويه اثلاثا على الاب الثلثان
وعلى الام الثلث لان الميراث لهما على هذا المقدار قال رضي الله عنه
هذا الذي ذكره رواية الخصاف والحسن رحمهما الله وفي ظاهر الرواية
كل النفقة على الاب لقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وصار كالولد
الصغير ووجه الفرق على الرواية انه اجتمعت للاب في الصغير ولاية
ومؤنة حتى وجبت عليه صدقة فطره فاختص بنفقته ولا كذلك الكبير
لانعدام الولاية فيه فتشاركه الام وفي غير الوالد يعتبر قدر الميراث حتى
يكون نفقة الصغير على الجد والام اثلاثا ونفقة المعسر على الاخوات
المتفرقات الموسرات اخماسا على قدر الميراث غير ان المعتبر اهلية الارث
لا احرازه فان المعسر اذا كان له خال وابن عم يكون نفقته على خاله وميراثه
يحرزه ابن عمه ولا يجب نفقتهم مع اختلاف الدين لبطلان اهلية الارث
ولا بد من اعتباره ولا يجب على الفقير لانها تجب صلة وهو يستحقها
على غيره فكيف يستحق عليه بخلاف نفقة الزوجة وولده الصغير
لانه التزمها باقدامه على العقد اذ المقاصد لا ينتظم دونها ولا يعمل
في مثلها الاعسار ثم اليسار مقدر بالنصاب فيما روي عن ابي يوسف
وعن محمد انه قدره بما يفضل على نفقة نفسه وعياله شهرا او بما يفضل
على ذلك من كسبه الدائم كل يوم لان المعتبر في حقوق العباد انما هو القدرة
دون النصاب لانه للتيسير والفتوى على الاول لكن النصاب نصاب

حرمان الصدقة قال واذا كان للابن الغائب مال قضي فيه بنفقة ابويه وقد
بينا الوجه فيه واذا باع ابوه متاعه في نفقته جاز عند ابي حنيفة رحمه الله
وهذا استحسان وان باع العقار لم يجز وفي قولهما لا يجوز ذلك
كله وهو القياس لانه لا ولاية له لانقطاعها بالبلوغ ولهذا لا يملك
حال حضرته ولا يملك البيع في دين له سوى النفقة وكذا لا تملك الام
في النفقة ولابي حنيفة رحمه الله ان للاب ولاية الحفظ في مال
الغائب الا ترى ان الوصي ذلك فالاب اولى لوفور شفقته وبيع
المنقول من باب الحفظ ولا كذلك العقار لانها محصنة بنفسها
وبخلاف غير الاب من الاقارب لانه لا ولاية لهم اصلا في التصرف
حالة الصغر ولا في الحفظ بعد الكبر واذا جاز البيع فالثمن من جنس
حقه وهو النفقة فله الاستيفاء منه كما لو باع العقار والمنقول
على الصغير جاز لكمال الولاية ثم له ان ياخذ منه بنفقته لانه جنس حقه
وان كان للابن الغائب مال في يد ابويه وانفقا منه لم يضمنا لانهما
استوفيا حقهما لان نفقتهما واجبة قبل القضاء على ما مر وقد اخذا
جنس الحق وان كان له مال في يد اجنبي فانفق عليهما بغير اذن القاضي
ضمن لانه تصرف في مال الغير بغير ولاية لانه نايب في الحفظ لا غير
بخلاف ما اذا امره القاضي لان امره ملزم لعموم ولايته فاذا ضمن لا يرجع
على القابض لانه ملكه بالضمان وظهر انه كان متبرعا به واذا قضى
القاضي للولد والوالدين وذوي الارحام بالنفقة فمضت مدة
سقطت لان نفقة هؤلاء تجب كفاية للحاجة حتى لا تجب مع اليسار
وقد حصلت بمضي المدة بخلاف نفقة الزوجة اذا قضى بها القاضي
لانها تجب مع يسارها وقد حصلت بمضي المدة فلا تسقط بحصول
الاستغناء فيما مضى قال الا ان ياذن القاضي في الاستدانة
عليه لان القاضي له ولاية عامة فصار اذنه كامر الغائب فيصير دينا
في ذمته فلا تسقط بمضي المدة والله اعلم

فصل

وعلى المولى ان ينفق على امته وعبده لقوله عليه السلام في المماليك
انهم اخوانكم جعلهم الله تعالى تحت ايديكم اطعموهم مما تاكلون
والبسوهم مما تلبسون ولا تعذبوا عباد الله فان امتنع وكان لهما
كسب اكتسبا وانفقا لان فيه نظرا للجانبين حتى يبقى المملوك حيا ويبقى

فيه ملك المالك وان لم يكن لهما كسب بان كان عبدا زمنا او جارية لا
يواجر مثلها اجبر المولى على بيعهما لانهما من اهل الاستحقاق وفي البيع ايفاء
حقهما وابقاء حق المولى بالخلف بخلاف نفقة الزوجة لانها تصير دينا فكان تأخيرا
على ما ذكرنا ونفقة المملوك لا تصير دينا فيكون ابطالا وبخلاف سائر
الحيوانات لانها ليست من اهل الاستحقاق فلا يجبر على نفقتها الا انه
يؤمر به فيما بينه وبين الله تعالى لانه عليه السلام نهى عن تعذيب الحيوان
وفيه ذلك ونهى عن اضاعة المال وعن ابي يوسف رحمه الله انه يجبر والاصح
ما قلنا

كتاب العتاق

قال رضي الله عنه
الاعتاق تصرف مندوب اليه قال عليه السلام ايما مسلم اعتق مؤمنا
اعتق الله تعالى بكل عضو منه عضوا منه من النار ولهذا استحبوا ان
يعتق الرجل العبد والمرأة الامة ليتحقق مقابلة الاعضاء بالاعضاء قال
العتق يصح من الحر العاقل البالغ في ملكه شرط الحرية لان العتق لا يصح الا
في الملك ولا ملك للمملوك والبلوغ لان الصبي ليس من اهله لكونه
ضررا ظاهرا ولهذا لا يملكه المولى عليه والعقل لان المجنون ليس باهل
للتصرف ولهذا لو قال البالغ اعتقت وانا صبي فالقول قوله وكذا
اذا قال المعتق اعتقت وانا مجنون وجنونه كان ظاهرا لوجود الا
سناد الى حالة منافية وكذا لو قال الصبي كل مملوك املكه حر اذا
احتلمت لا يصح لانه ليس باهل القول الملزم ولا بد ان يكون العبد في
ملكه حتى لو اعتق عبد غيره لا ينفذ لقوله عليه السلام لا عتق فيما لا
يملكه ابن آدم واذا قال لعبده او امته انت حر او معتق او محرر او قد
حررتك او اعتقتك فقد عتق نوى به العتق او لم ينو لان هذه الالفاظ
صريح فيه لانها مستعملة فيه شرعا وعرفا فاغنى ذلك عن النية والوضع
وان كان في الاخبار فقد جعل انشاء في التصرفات الشرعية للحاجة كما
في الطلاق والبيع وغيرهما ولو قال عنيت به الاخبار الباطل او انه حر
من العمل صدق ديانة لانه يحتمله ولا يدين قضاء لانه خلاف الظاهر
ولو قال له يا حر يا عتيق يعتق لانه نداء بما هو صريح وهو لاستحضار
المنادى بالوصف المذكور هذا هو حقيقته فيقتضي تحقق الوصف
فيه وانه يثبت من جهته فيقضى بثبوته تصديقا له وسنقرره من بعد
ان شاء الله تعالى الا اذا سماه حرا ثم ناداه يا حر لان مراده الاعلام باسم

علم وهو ما لقبه به ولو ناداه بالفارسية يا آزاد وقد لقبه بالحر قالوا
يعتق وكذا عكسه لانه ليس بنداء باسم علمه فيعتبر اخبارا عن الوصف
وكذلك لو قال راسك حر او وجهك او رقبتك او بدنك او قال لامته
فرجك حر لان هذه الالفاظ يعبر بها عن جميع البدن وقد مر في الطلاق
وان اضافه الى جزء شائع يقع في ذلك الجزء وسيأتيك الاختلاف
فيه ان شاء الله وان اضافه الى جزء معين لا يعبر به عن الجملة كاليد و
الرجل لا يقع عندنا خلافا للشافعي رحمه الله والكلام فيه كالكلام
في الطلاق وقد بيناه ولو قال لا ملك لي عليك ونوى به
الحرية عتق وان لم ينو لا يعتق لانه يحتمل انه اراد لا ملك لي عليك
لاني بعتك ويحتمل لاني اعتقتك فلا يتعين احدهما مرادا الا بالنية
قال وكذا كنايات العتق وذلك قوله خرجت من ملكي ولا سبيل لي
عليك ولا رق لي عليك وقد خليت سبيلك لانه يحتمل نفي السبيل
والخروج عن الملك وتخلية السبيل بالبيع والكتابة كما يحتمل بالعتق
فلا بد من النية وكذا قوله لامته قد اطلقتك لانه بمنزلة قوله خليت
سبيلك هو المروي عن ابي يوسف بخلاف قوله طلقتك على ما نبين
من بعد ان شاء الله ولو قال لا سلطان لي عليك ونوى العتق لم
يعتق لان السلطان عبارة عن اليد وسمي السلطان به لقيام يده
وقد يبقى الملك دون اليد كما في المكاتب بخلاف قوله لا سبيل لي
عليك لان نفيه مطلقا بانتفاء الملك لان للمولى على المكاتب
سبيلا فلهذا يحتمل العتق ولو قال هذا ابني وثبت على ذلك عتق
ومعنى المسألة اذا كان يولد مثله لمثله فان كان لا يولد مثله
لمثله ذكره بعد هذا ثم ان لم يكن للعبد نسب معروف يثبت نسبه
منه لان ولاية الدعوة بالملك ثابتة والعبد محتاج الى النسب فيثبت
منه واذا ثبت عتق لانه يستند النسب الى وقت العلوق وان كان
له نسب معروف لا يثبت نسبه منه للتعذر ويعتق اعمالا للفظ
في مجازه عند تعذر اعماله بحقيقته ووجه المجاز نذكره من بعد
ان شاء الله ولو قال هذا مولاي او يا مولاي عتق اما الاول فلان
اسم المولى وان كان ينتظم الناصر وابن العم والموالاة في الدين والاعلى
والاسفل في العتاقة الا انه تعين الاسفل فصار كاسم خاص له وهذا

لان المولى لا يستنصر بمملوكه عادة والعبد نسبه معروف فانتفى الثاني والثالث
نوع مجاز والكلام لحقيقته وبالاضافة الى العبد ينافي كونه مستعملا فتعين
المولى الاسفل فالتحق بالصريح وكذا لو قال لامته هذه مولاتي لما بينا
ولو قال عنيت به المولى في الدين او الكذب يصدق فيما بينه وبين الله تعالى
ولا يصدق في القضاء لمخالفته الظاهر واما الثاني فلانه لما تعين الاسفل
مرادا التحق بالصريح وبالنداء باللفظ الصريح يعتق بان قال يا حر يا عتيق
فكذا النداء بهذا اللفظ وقال زفر رحمه الله لا يعتق في الثاني لانه يقصد
به الاكرام بمنزلة قوله يا سيدي يا مالكي قلنا الكلام لحقيقته وقد
امكن العمل به بخلاف ما ذكر لانه ليس فيه ما يختص بالعتق فكان اكراما
محضا ولو قال يا ابني ويا اخي لم يعتق لان النداء لاعلام المنادي
الا انه اذا كان بوصف يمكن اثباته من جهته كان لتحقيق ذلك الوصف
في المنادى استحضارا له بالوصف المخصوص كما في قوله يا حر على ما
بيناه واذا كان النداء بوصف لا يمكن اثباته من جهته كان للاعلام المجرد
دون تحقيق الوصف فيه لتعذره والبنوة لا يمكن اثباتها حالة النداء
من جهته لانه لو انخلق من ماء غيره لا يكون ابنا له بهذا النداء فكان لمجرد
الاعلام ويروى عن ابي حنيفة شاذا انه يعتق فيهما والاعتماد على الظاهر
ولو قال يا ابن لا يعتق لان الامر كما اخبر فانه ابن ابيه وكذا اذا قال
يا بني ويا بنية لانه تصغير الابن والبنت من غير اضافة والامر كما اخبر وان
قال لغلام لا يولد مثله لمثله هذا ابني عتق عند ابي حنيفة وقالا
لا يعتق وهو قول الشافعي رحمه الله لهم انه كلام محال فيرد ويلغو
كقوله اعتقتك قبل ان اخلق او قبل ان تخلق ولابي حنيفة رحمه الله
انه محال بحقيقته لكنه صحيح بمجازه لانه اخبار عن حريته من حين ملكه
وهذا لان البنوة في المملوك سبب لحريته اما اجماعا او صلة للقرابة
واطلاق السبب وارادة المسبب مستجاز في اللغة تجوزا ولان الحرية
ملازمة للبنوة في المملوك والمشابهة في وصف ملازم من طرق المجاز
على ما عرف فيحمل عليه تحرزا عن الالغاء بخلاف ما استشهد به لانه لا وجه
له في المجاز فتعين الالغاء وهذا بخلاف ما اذا قال للغير قطعت يدك
فاخرجهما صحيحتين حيث لم يجعل مجازا عن الاقرار بالمال والتزامه
وان كان القطع سببا لوجوب المال لان القطع خطأ سبب لوجوب مال

مخصوص

مخصوص وهو الارش وانه يخالف مطلق المال في الوصف حتى وجب على
العاقلة في سنتين ولا يمكن اثباته بدون القطع وما امكن اثباته فالقطع
ليس بسبب له اما الحرية فلا تختلف ذاتا وحكما فامكن جعله مجازا
عنه ولو قال هذا ابي او امي ومثله لا يولد لمثلهما فهو على الخلاف
لما بينا ولو قال لصبي صغير هذا جدي قيل هو على الخلاف وقيل
لا يعتق بالاجماع لان هذا الكلام لا موجب له في الملك الا بواسطة وهو
الاب وهي غير ثابتة في كلامه فتعذر ان يجعل مجازا عن الموجب بخلاف
الابوة والبنوة لان لهما موجبا في الملك من غير واسطة ولو قال هذا
اخي لا يعتق في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يعتق ووجه
الروايتين ما بيناه ولو قال لعبده هذا ابنتي فقد قيل على الخلاف
وقيل هو بالاجماع لان المشار اليه ليس من جنس المسمى فتعلق الحكم بالمسمى
وهو معدوم فلا يعتبر وقد حققناه في النكاح وان قال لامته
انت طالق او باين او تخمري ونوى به العتق لم تعتق وقال الشافعي
رحمه الله يعتق اذا نوى وكذا على الخلاف سائر الفاظ الصريح و
الكناية على ما قال مشايخهم له انه نوى ما يحتمله لفظه لان بين الملكين
موافقة اذ كل واحد منهما ملك العين اما ملك اليمين فظاهر وكذا
ملك النكاح في حكم ملك العين حتى كان التابيد من شرطه والتاقيت
فيه مبطلا له وعمل اللفظين في اسقاط ما هو حقه وهو الملك
ولهذا يصح التعليق فيه بالشرط اما الاحكام فتثبت بسبب سابق
وهو كونه مكلفا ولهذا يصلح لفظة العتق والتحرير كناية عن الطلاق
فكذا عكسه ولنا انه نوى ما لا يحتمله لفظه لان الاعتاق لغة اثبات
القوة والطلاق رفع القيد وهذا لان العبد الحق بالجمادات وبا
لاعتاق يحيى فيقدر ولا كذلك المنكوحة فانها قادرة الا ان قيد
النكاح مانع وبالطلاق يرتفع المانع فتظهر القوة ولا خفاء ان الاول
اقوى ولان ملك اليمين فوق ملك النكاح فكان اسقاطه اقوى و
اللفظ يصلح مجازا عما هو دون حقيقته لا عما هو فوقه فلهذا امتنع
في المتنازع فيه وانساغ في عكسه واذا قال لعبده انت مثل الحر لم يعتق
لان المثل يستعمل للمشاركة في بعض المعاني عرفا فوقع الشك في الحرية
ولو قال ما انت الا حر عتق لان الاستثناء من النفي اثبات على وجه التاكيد

كما في كلمة الشهادة فلو قال راسك راس حر لا يعتق لانه تشبيه بحذف
حرفه ولو قال راسك راس حر عتق لانه اثبات الحرية فيه اذ الراس يعبر
عن جميع البدن **فصل** ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه
وهذا اللفظ مروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال عليه السلام
من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر واللفظ بعمومه ينتظم كل قرابة مؤثرة
بالمحرمية ولادا او غيره والشافعي يخالفنا في غيره له ان ثبوت العتق
من غير مرضاة المالك ينفيه القياس او لا يقتضيه والاخ وما يضاهيه
نازل عن قرابة الولاد فامتنع الالحاق والاستدلال ولهذا امتنع
التكاتب على المكاتب في غير الولاد ولم يمتنع فيه ولنا ما روينا ولانه
ملك قريبه قرابة مؤثرة في المحرمية فيعتق عليه وهذا هو المؤثر في الاصل
والولاد ملغى لانها هي التي يفترض وصلها ويحرم قطعها حتى وجبت النفقة
وحرم النكاح ولا فرق بينما اذا كان المالك مسلما او كافرا في دار الاسلام
لعموم العلة والمكاتب اذا اشترى اخاه ومن يجري مجراه لا يتكاتب
لانه ليس له ملك تام يقدره على الاعتاق والافتراض عند القدرة
بخلاف الولاد لان العتق فيه من مقاصد الكتابة فامتنع البيع ابعتق
تحقيقا لمقصود العقد وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يتكاتب على الاخ
ايضا وهو قولهما قلنا ان يمنع وهذا بخلاف ما اذا ملك ابنة عمه
وهي اخته من الرضاع لان المحرمية ما ثبتت بالقرابة والصبي جعل
اهلا لهذا العتق وكذا المجنون حتى عتق القريب عليهما عند الملك لانه
تعلق به حق العبد فشابه النفقة ومن اعتق عبدا لوجه الله او للشيطان
او للصنم عتق لوجود ركن الاعتاق من اهله في محله ووصف القربة
في اللفظ الاول زيادة فلا يختل العتق بعدمه في اللفظين الاخيرين و
عتق المكره والسكران واقع لصدور الركن من الاهل في المحل كما في الطلاق
وقد بيناه من قبل واذا اضاف العتق الى ملك او شرط صح كما في الطلاق
اما الاضافة الى الملك ففيه خلاف الشافعي رضي الله عنه وقد بيناه
في كتاب الطلاق واما التعليق بالشرط فلانه اسقاط فيجري فيه
التعليق بخلاف التمليكات على ما عرف في موضعه واذا خرج عبد
الحربي الينا مسلما عتق لقوله عليه السلام في عبيد الطائف حين خرجوا
اليه مسلمين هم عتقاء الله ولانه احرز نفسه وهو مسلم ولا استرقاق

عا

على المسلم ابتداء وان اعتق حاملا عتق حملها تبعا لها اذ هو متصل
بها ولو اعتق الحمل خاصة عتق دونها لانه لا وجه الى اعتاقها مقصودا
لعدم الاضافة ولا اليه تبعا لما فيه من قلب الموضوع ثم اعتاق الحمل
صحيح ولا يصح بيعه وهبته لان التسليم نفسه شرط في الهبة والقدرة
عليه في البيع ولم يوجد بالاضافة الى الجنين وشيء منهما ليس بشرط
في الاعتاق فافترقا ولو اعتق الحمل على مال صح ولا يجب المال اذ لا
وجه الى الزام المال الجنين لعدم الولاية عليه ولا الى الزامه الام لانه
في حق العتق نفس على حدة واشتراط بدل العتق على غير المعتق لا يجوز
على ما مر في الخلع وانما يعرف قيام الحمل وقت العتق اذا جاءت به لاقل
من ستة اشهر منه لانه ادنى مدة الحمل **قال** وولد الامة من مولاها
حر لانه مخلوق من مائه فيعتق عليه هذا هو الاصل ولا معارض له فيه
لان ولد الامة لمولاها وولدها من زوجها مملوك لسيدها لترجح
جانب الام باعتبار الحضانة او لاستهلاك مائه بمائها والمنافاة
متحققة والزوج قد رضي به بخلاف ولد المغرور لان الوالد ما
رضي به وولد الحرة حر على كل حال لان جانبها راجح فيتبعها في وصف
الحرية كما يتبعها في المملوكية والمرقوقية والتدبير وامية الولد والكتا
باب العبد يعتق بعضه واذا اعتق المولى بعض عبده
عتق ذلك القدر ويسعى في بقية قيمته لمولاه عند ابي حنيفة
رحمه الله وقالا يعتق كله واصله ان الاعتاق يتجزى عنده فيقتصر
على ما اعتق وعندهما لا يتجزى وهو قول الشافعي فاضافته الى
البعض كاضافته الى الكل فلهذا يعتق كله لهما ان الاعتاق اثبات
العتق وهو قوة حكمية واثباتها بازالة ضدها وهو الرق الذي هو
ضعف حكمي وهما لا يتجزيان وصار كالطلاق والعفو عن القصاص
والاستيلاد ولابي حنيفة رحمه الله ان الاعتاق اثبات العتق
بازالة الملك او هو ازالة الملك لان الملك حقه والرق حق الشرع
او حق العامة وحكم التصرف ما يدخل تحت ولاية المتصرف وهو ازالة
حقه لا حق غيره والاصل ان التصرف يقتصر على موضع الاضافة و
التعدي الى ما وراءه ضرورة عدم التجزي والملك متجز كما في البيع والهبة
فيبقى على الاصل وتجب السعاية لاحتباس مالية البعض عند العبد

والمستسعى بمنزلة المكاتب عنده لان الاضافة الى البعض توجب ثبوت
المالكية في كله وبقاء الملك في بعضه يمنعه فعملنا بالدليلين بانزاله
مكاتبا اذ هو مالك يدا لا رقبة والسعاية كبدل الكتابة فله ان يستسعيه
وله خيار ان يعتقه لان المكاتب قابل للاعتاق غير انه اذا عجز لا يرد الى
الرق لانه اسقاط لا الى احد فلا يقبل الفسخ بخلاف الكتابة المقصودة
لانه عقد يقال ويفسخ وليس فيه الطلاق والعفو عن القصاص حالة
متوسطة فاثبتناه في الكل ترجيحا للمحرم والاستيلاد متجز عنده حتى
لو استولد نصيبه من مدبرة يقتصر عليه وفي القنة لما ضمن نصيب صاحبه
بالافساد ملكه بالضمان فكمل الاستيلاد واذا كان العبد بين شريكين
فاعتق احدهما نصيبه عتق فان كان موسرا فشريكه بالخيار ان شاء اعتق
وان شاء ضمن شريكه قيمة نصيبه وان شاء استسعى العبد فان ضمن
رجع المعتق على العبد والولاء للمعتق وان اعتق واستسعى فالولاء
بينهما وان كان المعتق معسرا فالشريك بالخيار ان شاء اعتق وان شاء
استسعى العبد والولاء بينهما في الوجهين وهذا عند ابي حنيفة وقالا
ليس له الا الضمان مع اليسار والسعاية مع الاعسار ولا يرجع المعتق
على العبد والولاء للمعتق وهذه المسئلة تبتني على حرفين احدهما
تجزي الاعتاق وعدمه على ما بيناه والثاني ان يسار المعتق لا يمنع سعاية
العبد عنده وعندهما يمنع لهما في الثاني قوله عليه السلام في الرجل
يعتق نصيبه ان كان غنيا ضمن وان كان فقيرا سعى في حصة الاخر
قسم والقسمة تنافي الشركة وله انه احتبست مالية نصيبه عند العبد
فله ان يضمنه كما اذا هبت الريح بثوب انسان والقته في صبغ غيره
حتى انصبغ به فعلى صاحب الثوب قيمة صبغ الاخر موسرا كان او معسرا
لما قلناه فكذا ههنا الا ان العبد فقير فيستسعيه ثم المعتبر يسار التيسير
وهو ان يملك من المال قدر قيمة نصيب الاخر لا يسار الغنى لان به يعتدل
النظر من الجانبين بتحقيق ما قصده المعتق من القربة وايصال بدل حق
الساكت اليه ثم التخريج على قولهما ظاهر فعدم رجوع المعتق بما ضمن على
العبد لعدم السعاية عليه في حال اليسار والولاء للمعتق لان العتق كله
من جهته لعدم التجزي واما التخريج على قوله فخيار الاعتاق لقيام ملكه
في الباقي اذ الاعتاق يتجزى عنده والتضمين لان المعتق جان عليه بافساد

نصيبه

نصيبه حيث امتنع عليه البيع والهبة وغير ذلك مما سوى الاعتاق وتوابعه
والاستسعاء لما بينا ويرجع المعتق بما ضمن على العبد لانه قام مقام الساكت
باداء الضمان ضمنا وقد كان له ذلك بالاستسعاء لما بينا ويرجع وكذلك
المعتق ولانه ملكه باداء الضمان ضمنا فيصير كان الكل له ولو اعتق بعضه
فله ان يعتق الباقي او يستسعي ان شاء والولاء للمعتق في هذا الوجه لان
العتق كله من جهته حيث ملكه بالضمان وفي حال اعسار المعتق ان شاء
اعتق لبقاء ملكه وان شاء استسعى لما بينا والولاء له في الوجهين لان
العتق من جهته ولا يرجع المستسعى على المعتق بما ادى باجماع بيننا
لانه يسعى لفكاك رقبته او لا يقضي دينا على المعتق اذ لا شيء عليه لعسرته
بخلاف المرهون اذا اعتقه الراهن المعسر لانه يسعى في رقبته قد فك او
يقضي دينا على الراهن فلهذا يرجع عليه وقول الشافعي رحمه الله في الموسر
كقولهما وقال في المعسر يبقى نصيب الساكت على ملكه يباع ويوهب
لانه لا وجه الى تضمين الشريك لاعساره ولا الى السعاية لان العبد ليس
بجان ولا راض به ولا الى اعتاق الكل للاضرار بالساكت فتعين ما عينا
قلنا الى الاستسعاء سبيل لانه لا يفتقر الى الجناية بل يسعى لاحتباس
المالية فلا يصار الى الجمع بين القوة الموجبة للمالكية والضعف السالب لها
في شخص واحد قال ولو شهد كل واحد من الشريكين على صاحبه بالعتق
يسعى العبد لكل واحد منهما في نصيبه موسرين كانا او معسرين عند ابي
حنيفة وكذا اذا كان احدهما موسرا والاخر معسرا لان كل واحد منهما يزعم
ان صاحبه اعتق نصيبه فصار مكاتبا في زعمه عنده وحرم عليه الاسترقاق
فيصدق في حق نفسه فيمنع من استرقاقه ويستسعيه لانا تيقنا بحق
الاستسعاء كاذبا كان او صادقا لانه مكاتبه او مملوكه فلهذا استسعيا
ولا يختلف ذلك باليسار والاعسار لان حقه في الحالين في احد
شيئين لان يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده وقد تعذر التضمين
لانكار الشريك فتعين الاخر وهو السعاية والولاء لهما لان كلا منهما
يقول عتق نصيب صاحبي عليه باعتاقه وولاؤه له وعتق نصيبي بالسعاية
وولاؤه لي وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله ان كانا موسرين فلا
سعاية عليه لان كل واحد منهما يتبرأ عن سعايته بدعوى العتاق على
صاحبه لان يسار المعتق يمنع السعاية عندهما الا ان الدعوى لم تثبت

لانكار الآخر والبراءة قد ثبتت لاقراره على نفسه وان كانا معسرين سعى لهما
لان كل واحد منهما يدعي السعاية عليه صادقا كان او كاذبا على ما بيناه
اذ المعتق معسر وان كان احدهما موسرا والآخر معسرا سعى للموسر منهما لانه
لا يدعي الضمان على صاحبه لاعساره وانما يدعي السعاية عليه ولا يتبرأ
منه ولا يسعى للمعسر لانه يدعي الضمان على صاحبه ليساره فيكون مبرئا
للعبد عن السعاية والولاء موقوف في جميع ذلك عندهما لان كل واحد منهما
يحيله على صاحبه وهو يتبرأ عنه فيبقى موقوفا الى ان يتفقا على اعتاق
احدهما ولو قال احد الشريكين ان لم يدخل فلان هذه الدار غدا فهو
حر وقال الآخر ان دخل فهو حر فمضى الغد ولا يدرى ادخل ام لا
عتق النصف وسعى لهما في النصف وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد يسعى في جميع قيمته لان المقضي عليه بسقوط السعاية مجهول
ولا يمكن القضاء على المجهول فصار كما اذا قال لغيره لك على احدنا الف درهم
فانه لا يقضي بشيء للجهالة كذا هذا ولهما انا تيقنا بسقوط نصف السعاية
لان احدهما حانث بيقين ومع التيقن بسقوط النصف كيف يقضى
بوجوب الكل والجهالة ترتفع بالشيوع والتوزيع كما اذا اعتق احد عبديه
لا بعينه او بعينه ونسيه ومات قبل التذكر او البيان ويتأتى التفريع
فيه على ان اليسار يمنع السعاية او لا يمنعها على الاختلاف الذي سبق ولو
حلفا على عبدين كل واحد منهما لاحدهما لم يعتق واحد منهما لان المقضي
عليه بالعتق مجهول وكذا المقضي له فتفاحشت الجهالة فامتنع القضاء
وفي العبد الواحد المقضي له والمقضي به معلوم فغلب المعلوم المجهول
واذا اشترى الرجلان ابن احدهما عتق نصيب الاب لانه ملك شقص
قريبه وشراؤه اعتاق على ما مر ولا ضمان عليه علم الآخر انه ابن شريكه او لم
يعلم وكذلك اذا ورثاه والشريك بالخيار ان شاء اعتق نصيبه وان شاء
استسعى العبد وهذا عند ابي حنيفة وقالا في الشراء يضمن الاب نصف
قيمته ان كان موسرا وان كان معسرا يسعى الابن في نصف قيمته لشريك
ابيه وعلى هذا اذا ملكاه بهبة او صدقة او وصية وعلى هذا اذا اشتراه
رجلان واحدهما قد حلف بعتقه ان اشترى نصفه لهما انه ابطل نصيب
صاحبه بالاعتاق لان شراء القريب اعتاق وصار كما اذا كان العبد بين
اجنبيين فاعتق احدهما نصيبه وله انه رضي بافساد نصيبه فلا يضمنه

كما اذا

كما اذا اذن له باعتاق نصيبه صريحا ودلالة ذلك انه شاركه فيما هو
علة العتق وهو الشراء لان شراء القريب اعتاق حتى يخرج به عن الكفارة
عندنا وهذا ضمان افساد في ظاهر قولهما حتى يختلف باليسار والاعسار
فيسقط بالرضا ولا يختلف الجواب بين العلم وعدمه وهو ظاهر
الرواية عنه لان الحكم يدار على السبب كما اذا قال لغيره كل هذا الطعام
وهو مملوك للآمر ولا يعلم الآمر بملكه وان بدأ الاجنبي فاشترى
نصفه ثم اشترى الاب نصفه الآخر وهو موسر فالاجنبي بالخيار ان
شاء ضمن الاب لانه ما رضي بافساد نصيبه وان شاء استسعى الابن في
نصف قيمته لاحتباس ماليته عنده وهذا عند ابي حنيفة لان يسار
المعتق لا يمنع السعاية عنده وقالا لا خيار له ويضمن الاب نصف
قيمته لان يسار المعتق يمنع السعاية عندهما ومن اشترى نصف
ابنه وهو موسر فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة وقالا يضمن ان كان موسرا
ومعناه اذا اشترى نصفه ممن يملك كله فلا يضمن لبائعه شيئا عنده
والوجه قد ذكرناه واذا كان العبد بين ثلاثة نفر دبره احدهم وهو
موسر ثم اعتقه الآخر وهو موسر فارادوا الضمان فللساكت
ان يضمن المدبر ولا يضمن المعتق وللمدبر ان يضمن المعتق ثلث قيمته
مدبرا ولا يضمنه الثلث الذي ضمن وهذا عند ابي حنيفة وقالا
العبد للذي دبره اول مرة ويضمن ثلثي قيمته لشريكه موسرا كان
او معسرا واصل هذا ان التدبير يتجزى عند ابي حنيفة خلافا لهما
كالاعتاق لانه شعبة من شعبه فيكون معتبرا به ولما كان متجزيا
عنده اقتصر على نصيبه وقد فسد بالتدبير نصيب الآخرين فلكل
واحد منهما ان يدبر نصيبه او يعتق او يكاتب او يضمن المدبر او
يستسعي العبد او يتركه على حاله لان نصيبه باق على ملكه فاسدا
بافساد شريكه حيث سد عليه طرق الانتفاع به بيعا وهبة على
ما مر فاذا اختار احدهما العتق تعين حقه فيه وسقط اختياره غيره
فتوجه للساكت سببا ضمان تدبير المدبر واعتاق هذا المعتق غير ان
ان يضمن المدبر ليكون الضمان ضمان معاوضة اذ هو الاصل حتى
جعل الغصب ضمان معاوضة على اصلنا وامكن ذلك في التدبير لكونه
قابلا للنقل من ملك الى ملك وقت التدبير ولا يمكن ذلك في الاعتاق

لانه عند ذلك مكاتب او حر على اختلاف الاصلين ولابد من رضا المكاتب
بفسخه حتى يقبل الانتقال فلهذا يضمنه المدبر وللمدبر ان يضمن
المعتق ثلث قيمته مدبرا لانه افسد عليه نصيبه مدبرا والضمان
يتقدر بقيمة المتلف وقيمة المدبر ثلثا قيمته قنا على ما قالوا ولا
يضمنه قيمة ما ملكه بالضمان من جهة الساكت لان ملكه يثبت
مستندا وهو ثابت من وجه دون وجه فلا يظهر في حق التضمين و
الولاء بين المعتق والمدبر اثلاثا ثلثاه للمدبر والثلث للمعتق لان
العبد عتق على ملكهما على هذا المقدار واذا لم يكن المدبر متجزيا
عندهما صار كله مدبرا للمدبر وقد افسد نصيب شريكه لما بيناه
فيضمنه ولا يختلف باليسار والاعسار لانه ضمان تملك فاشبه
الاستيلاد بخلاف الاعتاق لانه ضمان جناية والولاء كله للمدبر و
هذا ظاهر قال واذا كانت جارية بين رجلين زعم احدهما انها
ام ولد لصاحبه فهي موقوفة يوما ويوما تخدم المنكر عند ابي
حنيفة وقالا ان شاء المنكر استسعى الجارية في نصف قيمتها ثم تكون
حرة لا سبيل عليها لهما انه لما لم يصدقه صاحبه انقلب اقرار المقر
عليه كانه استولدها فصار كما اذا اقر المشتري على البايع انه اعتق
المبيع قبل البيع يجعل كانه اعتق كذا هذا فيمتنع الخدمة ويصيب
المنكر على ملكه في الحكم فيخرج الى العتاق بالسعاية كام ولد النصراني
اذا اسلمت ولابي حنيفة ان المقر لو صدق كانت الخدمة كلها
للمنكر ولو كذب كان له الخدمة فيثبت ما هو المتيقن به وهو النصف
ولا خدمة للشريك الشاهد ولا استسعاء لانه يتبرا عن جميع ذلك
بدعوى الاستيلاد والضمان والاقرار بامومية الولد يتضمن
الاقرار بالنسب وهو امر لازم لا يرتد بالرد فلا يمكن ان يجعل المقر
كالمستولد وان كانت ام ولد بينهما فاعتقها احدهما وهو موسر فلا
ضمان عليه عند ابي حنيفة وقالا يضمن نصف قيمتها لان مالية ام
الولد غير متقومة عنده ومتقومة عندهما وعلى هذا الاصل يبتني
عدة من المسائل اوردناها في كفاية المنتهي وجه قولهما انها منتفع
بها وطئا واجارة واستخداما وهذا هو دلالة التقوم وبامتناع
بيعها لا يسقط تقومها كما في المدبر الا ترى ان ام ولد النصراني اذا اسلمت

عليها

عليها السعاية وهذا اية التقوم غير ان قيمتها ثلث قيمتها قنة على ما قالوا
لفوات منفعة البيع والسعاية بعد الموت بخلاف المدبر لان الفائت
منفعة البيع واما السعاية والاستخدام باقيان ولابي حنيفة رحمه الله
ان التقوم بالاحراز منفعة البيع واما السعاية وهي محرزة للنسب لا للتقوم
والاحراز للتقوم تابع ولهذا لا يسعى لغريم ولا لوارث بخلاف المدبر
وهذا لان السبب فيها متحقق في الحال وهو الجزئية الثابتة بواسطة
الولد على ما عرف في حرمة المصاهرة الا انه لم يظهر عمله في حق الملك
ضرورة الانتفاع فعمل السبب في اسقاط التقوم وفي المدبر ينعقد
السبب بعد الموت وامتناع البيع فيه لتحقيق مقصوده فافترقا
وفي ام ولد النصراني قضينا بكتابتها عليه دفعا للضرر عن الجانبين
وبدل الكتابة لا يفتقر وجوبه الى التقوم والله اعلم باب
عتق احد العبدين ومن كان له ثلاثة اعبد دخل عليه اثنان فقال
احدكما حر ثم خرج واحد ودخل اخر فقال احدكما حر ثم مات ولم يبين
عتق من الذي اعيد عليه القول ثلاثة ارباعه ونصف كل واحد من
الاخرين عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد كذلك الا في العبد
الاخر فانه يعتق ربعه اما الخارج فلان الايجاب الاول دائر بينه
وبين الثابت وهو الذي اعيد عليه القول فاوجب عتق رقبة بينهما
لاستوائهما فيصيب كلا منهما النصف غير ان الثابت استفاد بالايجاب
الثاني ربعا اخر لان الثاني دائر بينه وبين الداخل فيتنصف بينهما غير
ان الثابت استفاد بالايجاب الثاني وبعدما استحق نصف الحرية
بالايجاب الاول شاع النصف المستحق بالثاني في نصفيه فما اصاب
المستحق بالاول لغى وما اصاب الفارغ بقي فيكون له الربع فتمت له
ثلاثة الارباع ولانه لو اريد هو بالثاني يعتق نصفه ولو اريد به
الداخل لا يعتق هذا النصف فيتنصف فيعتق منه الربع بالثاني و
النصف بالاول واما الداخل فمحمد رحمه الله يقول لما دار الايجاب الثاني
بينه وبين الثابت وقد اصاب الثابت منه الربع فكذلك نصيب الداخل
وهما يقولان انه دائر بينهما وقضيته التنصف وانما نزل الى الربع في
حق الثابت لاستحقاقه النصف بالايجاب الاول كما ذكرنا ولا استحقاق
للداخل من قبل فيثبت فيه النصف قال فان كان القول منه في المرض

قسم الثلث على هذا وشرح ذلك ان نجمع بين سهام العتق وهي سبعة على قولهما لانا نجعل كل رقبة على اربعة لحاجتنا الى ثلاثة الارباع فنقول يعتق من الثابت ثلاثة ومن الآخرين من كل واحد منهما سهمان فبلغ سهام العتق سبعة والعتق في مرض الموت وصية ومحل نفاذها الثلث فلا بد ان يجعل سهام الورثة ضعف ذلك فيجعل كل رقبة على سبعة وجميع المال احد وعشرين فيعتق من الثابت ثلاثة ويسعى في اربعة ومن الباقيين من كل واحد سهمان ويسعى في خمسة فاذا تاملت وجمعت استقام الثلث والثلثان وعند محمد رحمه الله يجعل كل رقبة على ستة لانه يعتق من الداخل عنده سهم فنقصت سهام العتق بسهم وصار جميع المال ثمانية عشر وباقي التخريج ما مر ولو كان هذا في الطلاق وهن غير مدخولات ومات الزوج قبل البيان سقط من مهر الخارجة ربعه ومن مهر الثابتة ثلاثة اثمانه ومن مهر الداخلة ثمنه قيل هذا قول محمد رحمه الله خاصة وعندهما يسقط ربعه وقيل هو قولهما ايضا وقد ذكرنا الفرق وتمام تفريعاتها في الزيادات ومن قال لعبديه احدكما حر فباع احدهما او مات او قال له انت حر بعد موتي عتق الآخر لانه لم يبق محلا للعتق اصلا بالموت وللعتق من جهته بالبيع وللعتق من كل وجه بالتدبير فتعين له الآخر ولانه بالبيع قصد الوصول الى الثمن وبالتدبير ابقاء الانتفاع الى موته والمقصودان ينافيان العتق الملتزم فتعين له الآخر دلالة وكذا اذا استولد احديهما للمعنيين ولا فرق بين البيع الصحيح والفاسد مع القبض وبدونه والمطلق وبشرط الخيار لاحد المتعاقدين لاطلاق جواب الكتاب والمعنى ما قلنا والعرض على البيع ملحق به في المحفوظ عن ابي يوسف والهبة والتسليم والصدقة والتسليم بمنزلة البيع لانه تمليك وكذلك لو قال لامرأتيه احديكما طالق ثم ماتت احديهما لما قلنا وكذا لو وطي احديهما لما بيناه ولو قال لامتيه احديكما حرة ثم جامع احديهما لم تعتق الاخرى عند ابي حنيفة وقالا تعتق لان الوطء لا يحل الا في الملك واحديهما حرة فكان بالوطء مستبقيا الملك في الموطوءة فتعينت الاخرى لزواله بالعتق كما في الطلاق وله ان الملك قائم في الموطوءة لان الايقاع في المنكرة وهي معينة فكان وطؤها حلالا فلا يجعل بيانا ولهذا حل وطؤهما على مذهبه

الا انه لا يفتى به ثم يقال العتق غير نازل قبل البيان لتعلقه به او يقال نازل في المنكر فيظهر في حق حكم تقبله والوطء يصادف المعينة فلا الطلاق لان المقصود الاصلي من النكاح الولد وقصد الولد بالوطء يدل على استبقاء الملك في الموطوءة صيانة للولد اما الامة فالمقصود من وطئها قضاء الشهوة دون الولد فلا يدل على الاستبقاء ومن قال لامته ان كان اول ولد تلدينه غلاما فانت حرة فولدت غلاما وجارية ولا يدري ايهما ولد اولا عتق نصف الام ونصف الجارية والغلام عبد لان كل واحدة منهما تعتق في حال وهو ما اذا ولدت الغلام اول مرة الام بالشرط والجارية لكونها تبعا لها اذ الام حرة حين ولدتها وترق في حال وهو ما اذا ولدت الجارية اولا لعدم الشرط فيعتق نصف كل واحدة وتسعى في النصف اما الغلام يرق في الحالين فلهذا يكون عبدا ولو ادعت الام ان الغلام هو المولود اولا وانكر المولى والجارية صغيرة فالقول قوله مع اليمين لانكاره شرط العتق فان حلف لم يعتق واحد منهم وان نكل عتقت الام والجارية لان دعوى الام حرية الصغيرة معتبرة لكونها نفعا محضا فاعتبر النكول في حق حريتها فعتقتا ولو كانت الجارية كبيرة ولم تدع شيئا والمسألة بحالها عتقت الام بنكول المولى خاصة دون الجارية لان دعوى الام غير معتبرة في حق الجارية الكبيرة وصحة النكول تبتني على الدعوى فلم تظهر في حق الجارية ولو كانت الجارية الكبيرة هي المدعية لسبق ولادة الغلام والام ساكتة تثبت عتق الجارية بنكول دون الام لما قلنا والتحليف على العلم فيما ذكرنا لانه استحلاف على فعل الغير وبهذا القدر يعرف ما ذكرنا من الوجوه في كفاية المنتهى قال واذا شهد رجلان على رجل انه اعتق احد عبديه فالشهادة باطلة عند ابي حنيفة رحمه الله الا ان يكون في وصية استحسانا ذكره في العتاق وان شهدا انه طلق احدى نسائه جازت الشهادة ويجبر على ان يطلق احديهن وهذا بالاجماع وقال ابو يوسف ومحمد الشهادة في العتق مثل ذلك واصل هذا ان الشهادة على عتق العبد لا تقبل من غير دعوى عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما تقبل والشهادة على عتق الامة وطلاق المنكوحة مقبولة من غير دعوى بالاتفاق والمسألة معروفة واذا كان دعوى العبد شرطا عنده لم يتحقق

في مسئلة الكتاب لان الدعوى من المجهول لا يتحقق فلا يقبل الشهادة
وعندهما ليس بشرط فتقبل الشهادة وان انعدم الدعوى اما في الطلاق
عدم الدعوى لا يوجب خلافة الشهادة لانها ليست بشرط فيها ولو
شهدا انه اعتق احدى امتيه لا يقبل عند ابي حنيفة وان لم يكن الدعوى
شرطا لانه انما لا يشترط الدعوى لما انه يتضمن تحريم الفرج فشابه
الطلاق والعتق المبهم لا يوجب تحريم الفرج عنده على ما ذكرنا
فصار كالشهادة على عتق احد العبدين وهذا كله اذا شهدا في صحته
على انه اعتق احد عبديه اما اذا شهدا انه اعتق احد عبديه في مرض
موته او شهدا على تدبيره في صحته او مرضه واداء الشهادة في مرض
موته او بعد الوفاة يقبل استحسانا لان التدبير حيث ما وقع وقع
وصية وكذا العتق في مرض الموت وصية والخصم في الوصية انما هو
الموصى وهو معلوم وعنه خلف وهو الوصي او الوارث ولان العتق
يشيع بالموت فيهما وكان كل منهما خصما متعينا ولو شهدا بعد موته
انه قال في صحته احدكما حر قد قيل لا يقبل لانه ليس بوصية وقيل
يقبل للشيوع والله اعلم

باب الحلف بالعتق

ومن قال اذا دخلت الدار فكل مملوك لي يومئذ فهو حر وليس له
مملوك فاشترى مملوكا ثم دخل عتق لان قوله يومئذ تقديره يوم
اذ دخلت الا انه اسقط الفعل وعوضه بالتنوين فكان المعتبر قيام
الملك وقت الدخول وكذا لو كان في ملكه يوم حلف عبد فبقي على
ملكه حتى دخل عتق لما قلنا ولو لم يكن قال في يمينه يومئذ لم يعتق
لان قوله كل مملوك لي للحال والجزاء حرية المملوك في الحال الا انه لما دخل
الشرط على الجزاء تأخر الى وجود الشرط فيعتق اذا بقي على ملكه الى وقت
الدخول ولا يتناول من اشتراه بعد اليمين ومن قال كل مملوك لي ذكر
فهو حر وله جارية حامل فولدت ذكرا لم يعتق وهذا اذا ولدت
لستة اشهر فصاعدا ظاهر لان اللفظ للحال وفي قيام الحمل وقت اليمين
احتمال لوجود اقل مدة الحمل بعده وكذا اذا ولدت لاقل من ستة اشهر
ان اللفظ يتناول المملوك المطلق والجنين مملوك تبعا للام لا مقصودا
ولانه عضو من وجه واسم المملوك يتناول الانفس دون الاعضاء ولهذا
لا يملك بيعه منفردا قال رضي الله عنه وفائدة التقييد بوصف

الذكور

الذكور انه لو قال كل مملوك لي ذكر حر وله جارية حامل فيدخل الحمل تبعا لها ولو قال
كل مملوك املكه حر بعد غد او قال كل مملوك لي فهو حر بعد غد وله
مملوك فاشترى آخر ثم جاء بعد غد عتق الذي في ملكه يوم حلف لان
قوله املكه للحال حقيقة يقال انا املك كذا وكذا ويراد به الحال
ولذا يستعمل له من غير قرينة وللاستقبال بقرينة سين او سوف
فيكون مطلقه للحال فكان الجزاء حرية المملوك في الحال مضافا الى
ما بعد الغد فلا يتناول ما يشتريه بعد اليمين ولو قال كل مملوك
املكه او قال كل مملوك لي فهو حر بعد موتي وله مملوك فاشترى آخر
فالذي كان عنده مدبر والآخر ليس بمدبر ولو مات عتقا من الثلث
وقال ابو يوسف رحمه الله في النوادر يعتق ما كان في ملكه يوم حلف
ولا يعتق ما استفاد بعد يمينه وعلى هذا اذا قال كل مملوك لي اذا
مت فهو حر له ان اللفظ حقيقة للحال على ما بيناه فلا يعتق به
ما سيملكه ولهذا صار مدبرا دون الآخر ولهما ان هذا ايجاب عتق
وايصاء حتى اعتبر من الثلث وفي الوصايا يعتبر الحالة المنتظرة والحالة
الراهنة الا ترى انه يدخل في الوصية بالمال ما يستفيده بعد الوصية
وفي الوصية لاولاد فلان من يولد له بعدها والايجاب انما يصح
مضافا الى الملك او الى سببه فمن حيث انه ايجاب العتق يتناول
العبد المملوك اعتبارا للحالة الراهنة فيصير مدبرا حتى لا يجوز بيعه
ومن حيث انه ايصاء يتناول الذي يشتريه اعتبارا للحالة المتربصة
وهي حالة الموت وقبل الموت حالة التملك استقبال محض فلا
يدخل تحت اللفظ وعند الموت يصير كانه قال كل مملوك لي او كل مملوك
املكه فهو حر بخلاف قوله بعد غد على ما تقدم لانه تصرف واحد
وهو ايجاب العتق وليس فيه ايصاء والحالة محض استقبال فافترقا
ولا يقال انكم جمعتم بين الحال والاستقبال لانا نقول نعم ولكن بسببين
مختلفين ايجاب عتق ووصية وانما لا يجوز ذلك بسبب واحد

باب العتق على جعل

ومن اعتق عبده على مال
فقبل العبد عتق وذلك مثل ان يقول انت حر على الف درهم او بالف
درهم وانما يعتق بقبوله لانه معاوضة المال بغير المال اذ العبد لا
يملك نفسه ومن قضية المعاوضة ثبوت الحكم بقبول العوض للحال

كما في البيع فاذا قبل صار حرا وما شرط دين عليه حتى تصح الكفالة به بخلاف
بدل الكتابة لانه ثبت مع المنافي وهو قيام الرق على ما عرف واطلاق
لفظة المال ينتظم انواعه من النقد والعرض والحيوان وان كان بغير
عينه لانه معاوضة المال بغير المال فشابه النكاح والطلاق والصلح عن
دم العمد وكذا الطعام والمكيل والموزون اذا كان معلوم الجنس ولا
يضره جهالة الوصف لانها يسيرة قال ولو علق عتقه باداء المال
صح وصار ماذونا وذلك مثل ان يقول ان اديت الي الف درهم فانت
حر ومعنى قوله صح انه يعتق عند الاداء من غير ان يصير مكاتبا
لانه صريح في تعليق العتق بالاداء وان كان فيه معنى المعاوضة في الانتهاء
على ما نبين ان شاء الله وانما صار ماذونا لانه رغبه في الاكتساب بطلبه
الاداء منه ومراده التجارة دون التكدي فكان اذنا له دلالة وان
احضر المال اجبر الحاكم على قبضه وعتق العبد ومعنى الاجبار فيه
وفي سائر الحقوق انه ينزل قابضا بالتخلية وقال زفر رحمه الله لا يجبر
على القبول وهو القياس لانه تصرف يمين اذ هو تعليق العتق بالشرط
لفظا ولهذا لا يتوقف على قبول العبد ولا يحتمل الفسخ ولا جبر على مباشرة
شروط الايمان لانه لا استحقاق قبل وجود الشرط بخلاف الكتابة
لانه معاوضة والبدل فيها واجب ولنا انه تعليق نظرا الى اللفظ
ومعاوضة نظرا الى المقصود لانه ما علق عتقه بالاداء الا ليحثه على
دفع المال فينال العبد شرف الحرية والمولى المال بمقابلته بمنزلة الكتابة
ولهذا كان عوضا في الطلاق في مثل هذا اللفظ حتى كان بائنا فجعلناه
تعليقا في الابتداء عملا باللفظ ودفعا للضرر عن المولى حتى لا يمتنع
عليه بيعه ولا يكون العبد احق بمكاسبه ولا يسري الى الولد المولود
قبل الاداء وجعلناه معاوضة في الانتهاء عند الاداء دفعا للضرر عن العبد
حتى يجبر المولى على القبول فعلى هذا يدور الفقه وتخرج المسائل نظيره الهبة
بشرط العوض ولو ادى البعض يجبر على القبول الا انه لا يعتق ما لم يؤد
الكل لعدم الشرط كما اذا حط البعض وادى الباقي ثم لو ادى الفا اكتسبها
قبل التعليق رجع المولى عليه وعتق لاستحقاقها ولو كان اكتسبها بعده
لم يرجع عليه لانه ماذون من جهته بالاداء منه ثم الاداء في قوله ان اديت
يقتصر على المجلس لانه تخيير وفي قوله اذا اديت لا يقتصر لان اذا يستعمل

للوقت

للوقت بمنزلة قوله متى ومن قال لعبده انت حر بعد موتي على الف درهم
فالقبول بعد الموت لاضافة الايجاب الى ما بعد الموت فصار كما اذا قال
انت حر غدا بالف درهم بخلاف ما اذا قال انت مدبر على الف درهم حيث
يكون القبول اليه في الحال لان ايجاب التدبير في الحال الا انه لا يجب
المال لقيام الرق قالوا لا يعتق في مسئلة الكتاب وان قبل بعد الموت
ما لم يعتقه الوارث لان الميت ليس باهل للاعتاق وهذا صحيح
قال ومن اعتق عبده على خدمته اربع سنين فقبل العبد فعتق
ثم مات من ساعته فعليه قيمة نفسه في ماله عند ابي حنيفة وابي
يوسف وقال محمد قيمة خدمته اربع سنين اما العتق فلانه جعل
الخدمة في مدة معلومة عوضا فيتعلق العتق بالقبول وقد وجد
ولزمه خدمة اربع سنين لانه يصلح عوضا فصار كما اذا اعتقه
على الف درهم ثم اذا مات العبد فالخلافية بناء على خلافية اخرى
وهو من باع نفس العبد منه بجارية بعينها ثم استحقت الجارية او
هلكت يرجع المولى على العبد بقيمة نفسه عندهما وبقيمة الجارية
عنده وهي معروفة ووجه البناء انه كما يتعذر تسليم الجارية بالهلاك
والاستحقاق يتعذر الوصول الى الخدمة بموت العبد وكذا بموت
المولى فصار نظيرها ومن قال لاخر اعتق امتك على الف درهم
على ان تزوجنيها ففعل فابت ان تتزوجه فالعتق جائز ولا شيء على
الامر لان من قال لغيره اعتق عبدك على الف درهم علي ففعل لا
يلزمه شيء ويقع العتق عن المامور بخلاف ما اذا قال لغيره طلق
امراتك على الف درهم علي ففعل حيث يجب الالف على الامر لان
اشتراط البدل على الاجنبي في الطلاق جائز وفي العتاق لا يجوز
وقد قررناه من قبل ولو قال اعتق امتك عني على الف درهم والمسئلة
بحالها قسمت الالف على قيمتها ومهر مثلها فما اصاب القيمة اداه الامر
وما اصاب المهر بطل عنه لانه لما قال عني تضمن الشراء اقتضاء على ما عرف
واذا كان كذلك فقد قابل الالف بالرقبة شراء وبالبضع نكاحا فانقسم
عليهما ووجبت حصة ما سلم له وهو الرقبة وبطل عنه ما لم يسلم وهو
البضع فلو زوجت نفسها منه لم يذكره وجوابه ان ما اصاب قيمتها
سقط في الوجه الاول وهي للمولى في الوجه الثاني وما اصاب مهر مثلها

كان سهوا لها في الوجهين والله اعلم

باب التدبير

اذا قال المولى لمملوكه اذا مت فانت حر او انت حر عن دبر مني او انت
مدبر او قد دبرتك فقد صار مدبرا لان هذه الالفاظ صريح في التدبير
فانه اثبات العتق عن دبر ثم لا يجوز بيعه ولا هبته ولا اخراجه عن
ملكه الا الى الحرية كما في الكتابة وقال الشافعي رحمه الله يجوز لانه
تعليق العتق بالشرط فلا يمتنع به البيع والهبة كما في سائر التعليقات
وكما في المدبر المقيد ولان التدبير وصية وهي غير مانعة من ذلك ولنا
قوله عليه السلام المدبر لا يباع ولا يوهب ولا يورث وهو حر من الثلث
ولانه سبب الحرية لان الحرية تثبت بعد الموت بالاجماع ولا سبب غيره ثم جعله
سببا في الحال اولى لوجوده في الحال وعدمه بعد الموت ولان حال
ما بعد الموت حال بطلان اهلية التصرف فلا يمكن تاخير السببية
الى زمان بطلان الاهلية بخلاف سائر التعليقات لان المانع من
السببية قائم قبل الشرط لانه يمين واليمين مانع والمنع هو المقصود
وانه يضاد وقوع الطلاق والعتاق وامكن تاخير السببية الى زمان
الشرط لقيام الاهلية عنده فافترقا ولانه وصية والوصية خلافة
في الحال كالوراثة وابطال السبب لا يجوز وفي البيع وما يضاهيه
ذلك قال وللمولى ان يستخدمه ويواجره وان كانت امة وطئها
وله ان يزوجها لان الملك فيه ثابت له وبه يستفاد ولاية هذه التصرفات
قال فاذا مات المولى عتق المدبر من ثلث ماله لما روينا ولان التدبير
وصية لانه تبرع مضاف الى وقت الموت والحكم غير ثابت في الحال فينفذ
من الثلث حتى لو لم يكن له مال غيره يسعى في ثلثيه وان كان على المولى
دين يسعى في كل قيمته لتقدم الدين على الوصية ولا يمكن نقض العتق
فيجب رد قيمته وولد المدبرة مدبر وعلى ذلك اجماع الصحابة رضي الله
عنهم وان علق التدبير بموته على صفة مثل ان يقول ان مت من مرضي هذا
او سفري هذا او من مرض كذا فليس بمدبر ويجوز بيعه لان السبب لم ينعقد
في الحال لتردد في تلك الصفة بخلاف المدبر المطلق لانه تعلق عتقه
بمطلق الموت وهو كائن لا محالة فان مات المولى على الصفة التي ذكرها
عتق كما يعتق المدبر معناه من الثلث لانه يثبت حكم التدبير في آخر جزء
من اجزاء حياته لتحقق تلك الصفة فيه فلهذا يعتبر من الثلث ومن

المقيد ان يقول ان مت

المقيد ان يقول ان مت الى سنة او عشر سنين لما ذكرنا بخلاف ما اذا
قال الى مائة سنة ومثله لا يعيش اليه في الغالب لانه كالكائن لا محالة
والله اعلم

باب الاستيلاد

قال رحمه الله واذا ولدت الامة من مولاها فقد صارت ام ولد له لا يجوز
بيعها ولا تمليكها لقوله عليه السلام اعتقها ولدها اخبر عن اعتاقها فيثبت
بعض مواجبه وهو حرمة البيع ولان الجزئية قد حصلت بين الواطئ والموطوءة
بواسطة الولد فان الماءين قد اختلطا بحيث لا يمكن الميز بينهما على
ما عرف في حرمة المصاهرة الا ان بعد الانفصال تبقى الجزئية حكما لا حقيقة
فضعف السبب فاوجب حكما مؤجلا الى ما بعد الموت وبقاء الجزئية
حكما باعتبار النسب وهو من جانب الرجال فكذا الحرية تثبت في حقهم
لا في حقهن حتى اذا ملكت الحرة زوجها وقد ولدت منه لم يعتق بموتها
وبثبوت عتق مؤجل يثبت حق الحرية في الحال فيمنع جواز البيع واخراجها
لا الى الحرية في الحال ويوجب عتقها بعد موته وكذا اذا كان بعضها مملوكا
له لان الاستيلاد لا يتجزى فانه فرع النسب فيعتبر باصله قال وله
وطئها واستخدامها واجارتها وتزويجها لان الملك فيها قائم فاشبهت
المدبرة ولا يثبت نسب ولدها الا ان يعترف به وقال الشافعي رحمه الله
يثبت نسبه منه وان لم يدع لانه لما ثبت النسب بالعقد فلان يثبت
بالوطء وانه اكثر افضاء اولى ولنا ان وطء الامة يقصد به قضاء
الشهوة دون الولد لوجود المانع منه فلا بد من الدعوة بمنزلة ملك
اليمين من غير وطء بخلاف العقد لان الولد يتعين مقصودا منه فلا
حاجة الى الدعوة فان جاءت بعد ذلك بولد ثبت نسبه بغير اقرار
معناه بعد اعتراف منه بالولد الاول لانه بدعوى الولد الاول تعين الولد مقصودا
منها فصارت فراشا كالمعقودة الا انه اذا نفاه ينتفي بقوله لان فراشها
ضعيف حتى يملك نقله بالتزويج بخلاف المنكوحة حيث لا ينتفي الولد
بنفيه الا باللعان لتاكد الفراش حتى لا يملك ابطاله بالتزويج وهذا
الذي ذكرناه حكم واما الديانة فان كان وطئها وحصنها ولم يعزل عنها
يلزمه ان يعترف به ويدعي لان الظاهر ان الولد منه وان عزل عنها او لم
يحصنها جاز له ان ينفيه لان هذا الظاهر يقابله ظاهر آخر هكذا روي عن
ابي حنيفة رحمه الله وفيه روايتان اخريان عن ابي يوسف رحمه الله وعن

محمد رحمه الله ذكرناهما في كفاية المنتهى فان زوجها فجاءت بولد فهو
في حكم امه لان حق الحرية يسري الى الولد كالتدبير الا ترى ان ولد الحرة
حر وولد القنة رقيق والنسب يثبت من الزوج لان الفراش له وان كان
النكاح فاسدا اذ الفاسد ملحق بالصحيح في حق الاحكام ولو
ادعاه المولى لا يثبت نسبه منه لانه ثابت النسب من غيره ويعتق
الولد وتصير امه ام ولد له لاقراره واذا مات المولى عتقت من
جميع المال لحديث سعيد بن المسيب ان النبي عليه السلام امر بعتق
امهات الاولاد وان لا يبعن في دين ولا يجعلن من الثلث ولان الحاجة
الى الولد اصلية فتقدم على حق الورثة والدين كالتكفين بخلاف
التدبير لانه وصية بما هو من زوائد الحوائج ولا سعاية عليها في دين المولى
للغرماء لما روينا ولانها ليست بمال متقوم حتى لا تضمن بالغصب عند
ابي حنيفة فلا يتعلق بها حق الغرماء كالقصاص بخلاف المدبر لانه مال
متقوم واذا اسلمت ام ولد النصراني فعليها ان تسعى في قيمتها وهي
بمنزلة المكاتب لا تعتق حتى تؤدي السعاية وقال زفر تعتق في الحال
والسعاية دين عليها وهذا الخلاف فيما اذا عرض على المولى الاسلام
فابى فان اسلم تبقى على حالها له ان ازالة الذل عنها بعدما اسلمت
واجب وذلك بالبيع او بالاعتاق وقد تعذر البيع فتعين الاعتاق ولنا
ان النظر من الجانبين في جعلها مكاتبة لانه يندفع الذل عنها بصيرورتها
حرة يدا والضرر عن الذمي لانبعاثها على الكسب نيلا لشرف الحرية فيصل
الذمي الى بدل ملكه اما لو اعتقت وهي مفلسة تتوانى في الكسب ومالية
ام الولد يعتقدها الذمي متقومة فيترك وما يعتقده ولانها ان لم
تكن متقومة فهي محترمة وهذا يكفي لوجوب الضمان كما في القصاص
المشترك اذا عفا احدهم ولباقي المال للباقين ولو مات مولاها عتقت
بلا سعاية لانها ام ولد له ولو عجزت في حياته لا ترد قنة اعيدت مكاتبة
لقيام الموجب ومن استولد امة غيره بنكاح ثم ملكها صارت ام ولد له
وقال الشافعي لا تصير ام ولد له ولو استولدها بملك يمين ثم
استحقت ثم ملكها تصير ام ولد له عندنا وله فيه قولان وهو ولد
المغرور له انها علقت برقيق فلا تكون ام ولد له كما اذا علقت من الزنا
ثم ملكها الزاني وهذا لان امومية الولد باعتبار علوق الولد حرا لانه

جزء الام في تلك الحالة والجزء لا يخالف الكل ولنا ان السبب هو الجزئية
على ما ذكرنا من قبل والجزئية انما تثبت بينهما بنسبة الولد الواحد الى
كل منهما كملا وقد ثبت النسب فتثبت الجزئية بهذه الواسطة بخلاف
الزنا لانه لا نسب فيه للولد الى الزاني وانما يعتق على الزاني اذا ملكه
لانه جزؤه حقيقة بغير واسطة نظيره من اشترى اخاه من الزنا لا يعتق
لانه ينسب اليه بواسطة نسبته الى الوالد وهي غير ثابتة واذا وطئ جارية
ابنه فجاءت بولد فادعاه ثبت نسبه وصارت ام ولد له وعليه قيمتها
وليس عليه عقرها ولا قيمة ولدها وقد ذكرنا المسئلة بدلايلها في كتاب
النكاح من هذا الكتاب وانما لا يضمن قيمة الولد لانه انعلق حر الاصل
لاستناد الملك الى ما قبل الاستيلاد وان وطئ ابو الاب مع بقاء الاب
لم يثبت النسب لانه لا ولاية للجد حال قيام الاب ولو كان الاب ميتا
ثبت من الجد كما يثبت من الاب لظهور ولايته عند فقد الاب وكفر
الاب ورقه بمنزلة موته لانه قاطع للولاية واذا كانت الجارية بين شريكين
فجاءت بولد فادعاه احدهما ثبت نسبه منه لانه لما ثبت النسب في نصفه
لمصادفته ملكه ثبت في الباقي ضرورة انه لا يتجزى لما ان سببه لا يتجزى
وهو العلوق اذ الولد الواحد لا يتعلق من ماءين وصارت ام ولد له لان
الاستيلاد لا يتجزى عندهما وعند ابي حنيفة رحمه الله يصير نصيبه ام
ولد له ثم يتملك نصيب صاحبه اذ هو قابل للملك ويضمن نصف قيمتها
لانه تملك نصيب صاحبه لما استكمل الاستيلاد ويضمن نصف عقرها لانه
وطئ جارية مشتركة اذ الملك يثبت حكما للاستيلاد فيتعقبه الملك
في نصيب صاحبه بخلاف الاب اذا استولد جارية ابنه لان الملك هناك
يثبت شرطا للاستيلاد فيتقدمه فصار واطئا ملك نفسه ولا يغرم
قيمة ولدها لان النسب يثبت مستندا الى وقت العلوق فلم يتعلق شيء
منه على ملك الشريك وان ادعياه معا ثبت نسبه منهما معناه اذا
حملت على ملكهما وقال الشافعي يرجع الى قول القافة لان اثبات
النسب من شخصين مع علمنا ان الولد لا يتخلق من ماءين متعذر فعملنا
بالشبه وقد سر رسول الله صلى الله عليه وسلم بقول القائف في اسامة رضي
الله عنه ولنا كتاب عمر رضي الله عنه الى شريح في هذه الحادثة لبسا فلبس
عليهما ولو بينا لبين لهما هو ابنهما يرثهما ويرثانه وهو للباقي منهما وكان

ذلك بعض من الصحابة وعن علي مثل ذلك ولانهما استويا في سبب الاستحقاق
فيستويان فيه والنسب وان كان لا يتجزى ولكن يتعلق به احكام متجزية فما يقبل
التجزية يثبت في حقهما على التجزية وما لا يقبلها يثبت في حق كل واحد منهما
كملا كان ليس معه غيره الا اذا كان احد الشريكين ابا للاخر او كان مسلما
والاخر ذميا لوجود المرجح في حق المسلم وهو الاسلام وفي حق الاب وهو
ما له من الحق في نصيب الابن وسرور النبي عليه السلام وهو الاسلام وفي
حق الاب وهو ما له من الحق فيما روي لان الكفار كانوا يطعنون في نسب
اسامة وكان قول القائف مقطعا لطعنهم فسر به قال وكانت الامة
ام ولد لهما لصحة دعوة كل واحد منهما في نصيبه في الولد فيصير نصيبه
منها ام ولد له تبعا لولدها وعلى كل واحد منهما نصف العقر قصاصا بما
له على الاخر ويرث الابن من كل واحد منهما ميراث ابن كامل لانه اقر له بميراثه
كله وهو حجة في حقه ويرثان منه ميراث اب واحد لاستوائهما في النسب
كما اذا اقاما البينة واذا وطى المولى جارية مكاتبه فجاءت بولد فادعاه فان
صدقه المكاتب ثبت نسب الولد منه وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا
يعتبر تصديقه اعتبارا بالاب يدعي ولد جارية ابنه ووجه الظاهر وهو
الفرق ان المولى لا يملك التصرف في اكساب مكاتبه حتى لا يتملكه والاب
يملك تملكه فلا معتبر بتصديق الابن قال وعليه عقرها لانه لا يتقدمه
الملك لان ما له من الحق كاف لصحة الاستيلاد لما نذكره قال وقيمة
ولدها لانه في معنى المغرور حيث اعتمد دليلا وهو انه كسبه فلم يرض
برقه فيكون حرا بالقيمة ثابت النسب منه ولا تصير الجارية ام ولد له لانه
لا ملك له فيها حقيقة كما في ولد المغرور وان كذبه المكاتب في النسب لم
يثبت لما بينا انه لا بد من تصديقه فلو ملكه يوما ثبت نسبه منه لقيام
الموجب وزوال حق المكاتب اذ هو المانع والله اعلم **كتاب**
الايمان قال اليمين الايمان على ثلاثة اضرب يمين الغموس ويمين
منعقدة ويمين لغو فالغموس هي الحلف على امر ماض يتعمد الكذب فيه
فهذه اليمين ياثم فيها صاحبها لقوله عليه السلام من حلف كاذبا ادخله
الله النار ولا كفارة فيها الا التوبة والاستغفار وقال الشافعي فيها الكفارة
لانها شرعت لرفع ذنب هتك حرمة اسم الله تعالى وقد تحقق بالاستشهاد
بالله كاذبا فاشبه المعقودة ولنا انها كبيرة محضة والكفارة عبادة

حتى

حتى تتأدى بالصوم ويشترط فيها النية فلا تناط بها بخلاف المعقودة
لانها مباحة ولو كان فيها ذنب فهو متأخر متعلق باختيار مبتدإ وما في
الغموس ملازم فيمتنع الالحاق والمنعقدة ما يحلف على امر في المستقبل
ان يفعله او لا يفعله واذا حنث في ذلك لزمته الكفارة لقوله تعالى و
لكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان وهو ما ذكرنا ويمين اللغو ان يحلف
على امر ماض وهو يظن انه كما قال والامر بخلافه فهذه اليمين نرجو ان لا
يؤاخذ الله بها صاحبها ومن اللغو ان يقول والله انه لزيد وهو يظنه
زيدا وانما هو عمرو والاصل فيه قوله تعالى لا يؤاخذكم الله باللغو في
ايمانكم الا انه علقه بالرجاء للاختلاف في تفسيره قال والقاصد
في اليمين والمكره والناسي سواء حتى تجب الكفارة لقوله عليه السلام
ثلث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق واليمين والشافعي رحمه الله
يخالفنا في ذلك وسنبين في الاكراه ان شاء الله ومن فعل المحلوف عليه
مكرها او ناسيا فهو سواء لان الفعل الحقيقي لا ينعدم بالاكراه وهو
الشرط وكذا اذا فعله وهو مغمى عليه او مجنون لتحقق الشرط حقيقة
ولو كانت الحكمة رفع الذنب فالحكم يدار على دليله وهو الحنث حقيقة
الذنب **باب ما يكون يمينا وما لا يكون يمينا** قال واليمين
بالله او باسم اخر من اسماء الله كالرحمن والرحيم او صفة من صفاته التي
يحلف بها عرفا كعزة الله وجلاله وكبريائه لان الحلف بها متعارف ومعنى
اليمين وهو القوة حاصل لانه يعتقد تعظيم الله وصفاته فصلح ذكره
حاملا ومانعا قال الا قوله وعلم الله فانه لا يكون يمينا لانه غير
متعارف ولانه يذكر ويراد به المعلوم يقال اغفر علمك فينا اي معلومك
ولو قال وغضب الله وسخطه لم يكن حالفا وكذا ورحمة الله لان
الحلف بها غير متعارف ولان الرحمة قد يراد بها اثرها وهو المطر والجنة
والغضب والسخط يراد بهما العقوبة ومن حلف بغير الله لم يكن حالفا
كالنبي والكعبة لقوله عليه السلام من كان منكم حالفا فليحلف بالله
او ليذر وكذا اذا حلف بالقران لانه غير متعارف قال رضي الله عنه
معناه ان يقول والنبي والقران اما لو قال انا بريء منه يكون يمينا لان
التبري منها كفر قال والحلف بحروف القسم وحروف القسم الواو
والباء والتاء كقوله والله وبالله وتالله لان كل ذلك معهود في الايمان

ومذكور في القرآن وقد يضمر الحرف فيكون حالفا كقوله الله لا افعل كذا
كذا لان حذف الحرف من عادة العرب ايجازا ثم قيل ينصب لانتزاع حرف الخافض
وقيل يخفض فيكون الكسرة دلالة على المحذوفة وكذا اذا قال لله لان
الباء تبدل بها قال الله تعالى آمنتم به وآمنتم له قال ابو حنيفة
رحمه الله اذا قال وحق الله فليس بحالف وهو قول محمد واحدى الروا
يتين عن ابي يوسف وعنه رواية اخرى انه يكون يمينا لان الحق من
صفات الله تعالى وهو حقيته فصار كانه قال والله الحق والحلف به
متعارف ولهما انه يراد به طاعة الله اذ الطاعات حقوقه فيكون حلفا
بغير الله قالوا لو قال والحق يكون يمينا ولو قال حقا لا يكون يمينا لان
الحق من اسماء الله والمنكر يراد به تحقيق الوعد ولو قال اقسم او اقسم
بالله او احلف او احلف بالله او اشهد او اشهد بالله فهو حالف لان
هذه الالفاظ مستعملة في الحلف وهذه الصيغة للحال حقيقة وتستعمل
للاستقبال بقرينة فجعل حالفا في الحال والشهادة يمين قال الله
تعالى قالوا نشهد انك لرسول الله ثم قال اتخذوا ايمانهم جنة فذكر
والحلف بالله هو المعهود المشروع وبغيره محظور فصرف اليه ولهذا قيل
لا يحتاج الى النية وقيل لا بد منها لاحتمال العدة واليمين بغير الله ولو قال
بالفارسية سوكند ميخورم بخداي يكون يمينا لانه للحال ولو قال
سوكند خورم قيل لا يكون يمينا ولو قال سوكند خورم بطلاق زنم
لا يكون يمينا لعدم التعارف قال وكذا قوله لعمر الله وايم الله لان
عمر الله بقاء الله وايم الله معناه ايمن الله وهو جمع يمين وقيل معناه والله
وايم صلة كالواو والحلف باللفظين متعارف وكذا قوله وعهد الله
وميثاقه لان العهد يمين قال الله تعالى واوفوا بالعهد والميثاق عبارة
عن العهد وكذا اذا قال علي نذر او نذر لله لقوله عليه السلام من نذر
نذرا ولم يسم فعليه كفارة يمين وان قال ان فعلت كذا فهو يهودي او نصراني
او كافر يكون يمينا لانه لما جعل الشرط علما على الكفر فقد اعتقده واجب
الامتناع وقد امكن القول بوجوبه لغيره بجعله يمينا كما نقول في تحريم
الحلال ولو قال ذلك لشيء قد فعله فهو الغموس ولا يكفر اعتبارا
بالمستقبل وقيل يكفر لانه تنجيز معنى فصار كما اذا قال هو يهودي والصحيح
انه لا يكفر فيهما ان كان يعلم انه يمين وان كان عنده انه يكفر بالحلف يكفر

فيهما لانه رضي بالكفر حيث اقدم على الفعل وان قال ان فعلت كذا فعلي
غضب الله او سخطه فليس بحالف لانه دعاء على نفسه ولا يتعلق ذلك بالشرط
ولانه غير متعارف وكذا اذا قال ان فعلت كذا فانا زان او سارق او
شارب خمر او آكل ربوا لان حرمة هذه الاشياء تحتمل النسخ والتبديل فلم
يكن في معنى حرمة الاسم ولانه ليس بمتعارف والله اعلم

فصل في الكفارة

قال وكفارة اليمين عتق رقبة يجزئ فيها ما يجزئ في الظهار
وان شاء كسى عشرة مساكين كل واحد ثوبا فما زاد وادناه ما تجوز فيه الصلاة
وان شاء اطعم عشرة مساكين كالاطعام في كفارة الظهار والاصل فيه قوله
تعالى فكفارته اطعام عشرة مساكين الاية وكلمة او للتخيير فكان الواجب احد
الاشياء الثلاثة قال فان لم يقدر على احد الاشياء الثلاثة صام ثلاثة
ايام متتابعات وهي كالخبر المشهور ثم المذكور في الكتاب في بيان ادنى
الكسوة مروي عن محمد رحمه الله وعن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
ان ادناه ما يستر عامة بدنه حتى لا يجوز السراويل وهو الصحيح لان لابسه
يسمى عريانا في العرف لكن ما لا يجزيه عن الكسوة يجزيه عن الطعام باعتبار
القيمة وان قدم الكفارة على الحنث لم يجزه وقال الشافعي يجزيه بالمال
لانه اداها بعد السبب وهو اليمين فاشبه التكفير بعد الجرح ولنا ان الكفارة
لستر الجناية ولا جناية واليمين ليست بسبب لانه مانع غير مفض بخلاف الجرح
لانه مفض ثم لا يسترد من المسكين لوقوعه صدقة ومن حلف على معصية
مثل ان لا يصلي او لا يكلم اباه او ليقتلن فلانا ينبغي ان يحنث ويكفر عن
يمينه لقوله عليه السلام من حلف على يمين وراى غيرها خيرا منها فليات
بالذي هو خير ثم ليكفر يمينه ولان فيما قلناه تفويت البر الى جابر وهو
الكفارة ولا جابر للمعصية في ضده واذا حلف الكافر ثم حنث في حال الكفر
او بعد اسلامه فلا حنث عليه لانه ليس باهل لليمين لانها تعقد لتعظيم الله
تعالى ومع الكفر لا يكون معظما ولا هو اهل الكفارة لانها عبادة ومن حرم
على نفسه شيئا مما يملكه لم يصر محرما وعليه ان استباحه كفارة يمين وقال
الشافعي رحمه الله لا كفارة عليه لان تحريم الحلال قلب المشروع فلا ينعقد
به تصرف مشروع وهو اليمين ولنا ان اللفظ ينبئ عن اثبات الحرمة وقد
امكن اعماله بثبوت الحرمة لغيره باثبات موجب اليمين فيصار اليه ثم اذا
فعل مما حرمه قليلا او كثيرا حنث ووجبت الكفارة وهو المعنى من الاستباحة

المذكورة لانا نتحرى اذا ثبت بيانا ول كل جن منه ولو قال كل حل علي حرام
فهو على الطعام والشراب الا ان ينوي غير ذلك والقياس ان يحنث كما فرغ
لانه باشر فعلا مباحا وهو التنفس ونحوه وهذا قول زفر وجه الاستحسان
ان المقصود وهو البر لا يحصل مع اعتبار العموم واذا سقط اعتباره ينصرف
الى الطعام والشراب للعرف فانه يستعمل فيما يتناول عادة ولا يتناول
المراة الا بالنية لاسقاط اعتبار العموم واذا نواها كان ايلاء ولا تصرف اليمين
عن الماكول والمشروب وهذا كله جواب ظاهر الرواية ومشايخنا قالوا
يقع به الطلاق من غير نية لغلبة الاستعمال وعليه الفتوى وكذا ينبغي
في قوله حلال بروي حرام للعرف واختلفوا في قوله هرچه بدست راست
كيرم بروي حرام انه هل يشترط النية والاظهر انه يجعل طلاقا من غير نية
للعرف ومن نذر نذرا مطلقا فعليه الوفا لقوله عليه السلام من نذر وسمى
فعليه الوفا بما سمى وان علق النذر بشرط فوجد الشرط فعليه الوفا بنفس
النذر لاطلاق الحديث ولان المعلق بالشرط كالمنجز عنده وعن ابي حنيفة
انه رجع عنه وقال اذا قال ان فعلت كذا فعلي حجة او صوم سنة او صدقة
ما املكه اجزاه من ذلك كفارة يمين وهو قول محمد ويخرج عن العهدة
بالوفا بما سمى ايضا وهذا اذا كان شرطا لا يريد كونه لان فيه معنى اليمين
وهو المنع وهو بظاهره نذر فيتخير ويميل الى اي الجهتين شاء بخلاف ما
اذا كان شرطا يريد كونه كقوله ان شفى الله مريضي لانعدام معنى اليمين
فيه وهذا التفصيل هو الصحيح قال ومن حلف على يمين وقال ان
شا الله فقد بر في يمينه الا انه لا بد من الاتصال لانه بعد الفراغ رجوع ولا رجوع
في اليمين والله اعلم **باب اليمين في الدخول والسكنى** ومن حلف
لا يدخل بيتا فدخل الكعبة او المسجد او البيعة او الكنيسة لم يحنث لان البيت
ما اعد للبيتوتة وهذه البقاع ما بنيت لها وكذا اذا دخل دهليزا او ظلة باب
الدار لما ذكرنا والظلة ما تكون على السكة وقيل اذا كان الدهليز بحيث لو
اغلق الباب يبقى داخلا وهو مسقف يحنث لانه يبات فيه عادة وان دخل
صفة حنث لانه تبنى للبيتوتة فيها في بعض الاوقات فصار كالشتوي والصيفي
وقيل هذا اذا كانت الصفة ذات حوائط اربعة وهكذا كانت صفافهم
وقيل الجواب يجري على اطلاقه وهو الصحيح ومن حلف لا يدخل دارا فدخل
دارا خربة لم يحنث ولو حلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعدما انهدمت

وصارت

وصارت صحراء حنث لان الدار اسم للعرصة عند العرب والعجم يقال دار عامرة
ودار غامرة وقد شهدت اشعار العرب بذلك فالبناء وصف فيها غير ان الوصف
في الحاضر لغو وفي الغائب معتبر ولو حلف لا يدخل هذه الدار فخربت ثم بنيت اخرى
فدخلها يحنث لما ذكرنا ان الاسم باق بعد الانهدام وان جعلت مسجدا
او حماما او بستانا او بني بيتا فدخله لم يحنث لانها لم تبق دارا لاعتراض اسم
آخر عليها وكذا اذا دخلها بعد انهدام الحمام واشباهه لانه لا يعود اسم الدا
ربه وان حلف لا يدخل هذا البيت فدخله بعدما انهدم وصار صحراء لم
يحنث لزوال اسم البيت فانه لا يبات فيه حتى لو بقيت الحيطان وسقط
السقف يحنث لانه يبات فيه والسقف وصف فيه وكذا اذا بني بيتا
آخر فدخله لان الاسم لم يبق بعد الانهدام ومن حلف لا يدخل هذه الدار
فوقف على سطحها حنث لان السطح من الدار الا ترى ان المعتكف لا يفسد اعتكافه
بالخروج الى سطح المسجد وقيل في عرفنا لا يحنث قال وكذا اذا
دخل دهليزها يحنث ويجب ان يكون على التفصيل الذي تقدم وان وقف
في طاق الباب بحيث اذا اغلق الباب كان داخلا فيه واذا اغلق الباب كان
خارجا لم يحنث لان الباب لاحراز الدار وما فيها فلم يكن الخارج من الدار ومن
حلف لا يدخل هذه الدار وهو فيها لم يحنث بالقعود حتى يخرج ثم يدخل استحسانا
والقياس ان يحنث لان الدوام له حكم الابتداء وجه الاستحسان ان الد
خول لا دوام له لانه انفصال من الخارج الى الداخل ولو حلف لا يلبس هذا
الثوب وهو لابسه فنزعه في الحال لم يحنث وكذا اذا حلف لا يركب هذه
الدابة وهو راكبها فنزل من ساعته او حلف لا يسكن هذه الدار وهو ساكنها فاخذ
في النقلة من ساعته وقال زفر يحنث لوجود الشرط وان قل ولنا ان اليمين
تعقد للبر فيستثنى منه زمان تحقيقه فان لبث على حاله ساعة حنث لان هذه
الافعال لها دوام بحدوث امثالها الا ترى انه يضرب لها مدة يقال ركبت يوما
ولبست يوما بخلاف الدخول لانه لا يقال دخلت يوما بمعنى المدة والتوقيت
ولو نوى الابتداء الخالص يصدق لانه محتمل كلامه ومن حلف لا يسكن هذه الدا
ر فخرج ومتاعه واهله فيها ولم يرد الرجوع اليها حنث لانه يعد ساكنا ببقاء
اهله ومتاعه فيها عرفا فان السوقي عامة نهاره في السوق ويقول اسكن سكة
كذا والبيت والمحلة بمنزلة الدار ولو كان اليمين على المصر لا يتوقف البر على نقل
المتاع والاهل فيما روي عن ابي يوسف لانه لا يعد ساكنا في الذي انتقل عنه عرفا

بخلاف الاول والقرية بمنزلة المصر في الصحيح من الجواب ثم قال ابو حنيفة رحمه الله
لا بد من نقل كل المتاع حتى لو بقي وتد يحنث لان السكنى قد ثبتت بالكل فيبقى
ما بقي منه شي وقال ابو يوسف يعتبر نقل الاكثر لان نقل الكل قد يتعذر وقال
محمد رحمه الله يعتبر ما يقوم به كدخدائيته لان ما وراء ذلك ليس من السكنى قالوا
هذا احسن وارفق بالناس والله اعلم وينبغي ان ينتقل الى منزل اخر بلا تاخير حتى
يبر فان انتقل الى السكة او الى المسجد قالوا لا يبر دليله في الزيادات ان من
خرج بعياله من مصره فما لم يتخذ وطنا آخر يبقى وطنه الاول في حق الصلاة كذا
هذا **باب اليمين في الخروج والاتيان والركوب وغير ذلك** قال
ومن حلف لا يخرج من المسجد فامر انسانا فحمله فاخرجه حنث لان فعل المامور
مضاف الى الامر فصار كما اذا ركب دابة فخرجت ولو اخرجه مكرها لم يحنث لان
الفعل لم ينتقل اليه لعدم الامر ولو حمله برضاه لا بامره لا يحنث في الصحيح
لان الانتقال بالامر لا بمجرد الرضا ولو حلف لا يخرج من داره الا الى جنازة فخرج
اليها ثم اتى حاجة اخرى لم يحنث لان الموجود خروج مستثنى والمضي بعد ذلك
ليس بخروج ولو حلف لا يخرج الى مكة فخرج يريدها ثم رجع حنث لوجود
الخروج على قصد مكة وهو الشرط اذ الخروج هو الانفصال من الداخل الى
الخارج وان حلف لا ياتيها لم يحنث حتى يدخلها لانه عبارة عن الوصول قال الله
تعالى فاتيا فرعون فقولا له ولو حلف لا يذهب اليها قيل هو كالاتيان وقيل
كالخروج وهو الاصح لانه عبارة عن الزوال فان حلف ليأتين البصرة فلم ياتها
حتى مات حنث في اخر جزء من اجزاء حياته لان البر قبل ذلك مرجو وان حلف
لياتينه غدا ان استطاع فهذا على استطاعة الصحة دون القدرة وفسره
في الجامع الصغير وقال اذا لم يمرض ولم يمنعه السلطان ولم يجي امر لا يقدر
على اتيانه فلم ياته حنث وان عنى استطاعة القضاء دين فيما بينه وبين الله تعالى
وهذا لان حقيقة الاستطاعة فيما يقارن الفعل ويطلق الاسم على سلامة
الالات وصحة الاسباب في المتعارف فعند الاطلاق تنصرف اليه وتصح نيته
الاول ديانة لانه حقيقة كلامه ثم قيل يصح قضاء ايضا لما بينا وقيل لا تصح
لانه خلاف الظاهر ومن حلف لا تخرج امراته الا باذنه فاذن لها مرة فخرجت
ثم خرجت مرة اخرى بغير اذنه حنث ولا بد له من الاذن في كل خروج لان المستثنى
خروج مقرون بالاذن وما وراءه داخل في الحظر العام ولو نوى الاذن مرة
يصدق ديانة لا قضاء لانه محتمل كلامه لكنه خلاف الظاهر ولو قال الا ان

اذن لك فاذن لها مرة واحدة ثم خرجت بعدها بغير اذنه لم يحنث لان هذه
كلمة غاية فتنتهي اليمين به كما اذا قال حتى آذن لك ولو كان ارادت المراة
الخروج فقال ان خرجت فانت طالق فجلست ثم خرجت لم يحنث وكذلك
ان اراد رجل ضرب عبده فقال آخر ان ضربته فعبدي حر فتركه ثم ضربه وهذه
تسمى يمين فور وتفرد ابو حنيفة باظهاره ووجهه ان مراد المتكلم الردع عن
تلك الضربة والخرجة عرفا ومبنى الايمان عليه ولو قال له رجل اجلس فتغد
عندي فقال ان تغديت فعبدي حر فاتى منزله فتغدى لم يحنث لان
كلامه خرج مخرج الجواب فينطبق على السؤال فينصرف الى الغدا المدعو اليه بخلاف ما اذا قال ان تغديت اليوم لانه زاد على حرف
الجواب فيجعل مبتديا ومن حلف لا يركب دابة فلان فركب دابة عبد
ماذون له مديون او غير مديون لم يحنث عند ابي حنيفة الا انه اذا كان
عليه دين مستغرق لا يحنث وان نوى لانه لا ملك للمولى فيه عنده وان كان
الدين غير مستغرق او لم يكن عليه دين لا يحنث ما لم ينوه لان الملك فيه للمولى
لكنه يضاف الى العبد عرفا وكذا شرعا قال عليه السلام من باع عبدا
وله مال فماله للمولى فتختل الاضافة الى المولى فلا بد من النية وقال
ابو يوسف رحمه الله في الوجوه كلها يحنث اذا نواه لاختلال الاضافة وقال محمد
يحنث وان لم ينوه لاعتبار حقيقة الملك اذ الدين لا يمنع وقوعه للسيد
عندهما **باب اليمين في الاكل والشرب** قال ومن حلف
لا ياكل من هذه النخلة فهو على ثمرها لانه اضاف اليمين الى ما لا يوكل فينصرف
الى ما يخرج منه لانه سبب له فيصلح مجازا عنه لكن الشرط ان لا يتغير بصنعة
جديدة حتى لا يحنث بالنبيذ والخل والدبس المطبوخ فان حلف لا ياكل
من هذا البسر فصار رطبا فاكله لم يحنث وكذا اذا حلف لا ياكل من هذا الرطب
او من هذا اللبن فصار تمرا او صار اللبن شيرازا لان صفة البسورة والرطوبة
داعية الى اليمين وكذا كونه لبنا فيتقيد به ولان اللبن ماكول فلا
ينصرف الى ما يتخذ منه بخلاف ما اذا حلف لا يكلم هذا الصبي وهذا الشاب
فكلمه بعد ما شاخ لان هجران المسلم بمنع الكلام منهي عنه فلم يعتبر الداعي
في الشرع ولو حلف لا ياكل هذا الحمل فاكل بعد ما صار كبشا حنث لان صفة
الصغر في هذا ليست بداعية الى اليمين فان الممتنع عنه اكثر امتناعا عن لحم
الكبش ومن حلف لا ياكل بسرا فاكل رطبا لم يحنث لانه ليس ببسر ومن حلف

لا يأكل رطبا او بسرا او حلف لا يأكل رطبا ولا بسرا فأكل مذنبا حنث عند ابي
حنيفة وقالا لا يحنث في الرطب يعني بالبسر المذنب ولا بالبسر في الرطب المذنب
لان الرطب المذنب يسمى رطبا والبسر المذنب يسمى بسرا وصار كما اذا كان
اليمين على الشراء وله ان الرطب المذنب ما يكون في ذنبه قليل بسر والبسر المذنب
على عكسه فيكون آكله آكل البسر والرطب وكل واحد مقصود في الاكل
بخلاف الشراء لانه يصادف الجملة فيتبع القليل فيه الكثير ولو حلف لا يشتري
رطبا فاشترى كباسة بسر فيها رطب لم يحنث لان الشراء يصادف الجملة و
المغلوب تابع ولو كان اليمين على الاكل يحنث لان الاكل يصادفه شيئا
فشيئا فكان كل واحد منهما مقصودا وصار كما اذا حلف لا يشتري شعيرا
او لا يأكله فاشترى حنطة فيها حبات شعير واكلها يحنث في الاكل دون
الشراء لما قلنا ولو حلف لا يأكل لحما فأكل لحم السمك لا يحنث والقياس ان يحنث
لانه سمي لحما في القرآن وجه الاستحسان ان التسمية مجازية لان اللحم
منشاه من الدم ولا دم فيه لسكونه في الماء وان اكل لحم خنزير او انسان
يحنث لانه لحم حقيقي الا انه حرام واليمين قد تنعقد للمنع من الحرام وكذلك
اذا اكل كبدا او كرشا لانه لحم حقيقة فان نموه من الدم ويستعمل استعمال
اللحم وقيل في عرفنا لا يحنث لانه لا يعد لحما ولو حلف لا يأكل او لا يشتري
شحما لم يحنث الا في شحم البطن عند ابي حنيفة وقالا يحنث في شحم الظهر ايضا
وهو اللحم السمين لوجود خاصية الشحم فيه وهو الذوب بالنار وله انه
لحم حقيقة الا ترى انه ينشأ من الدم ويستعمل استعماله ويحصل به قوته
ولهذا يحنث باكله في اليمين على اكل اللحم ولا يحنث ببيعه في اليمين على بيع
الشحم وقيل هذا بالعربية فاما اسم پيه بالفارسية لا يقع على شحم الظهر
بحال ولو حلف لا يأكل ولا يشتري لحما او شحما فاشترى الية او اكلها لم يحنث
لانه نوع ثالث حتى لا يستعمل استعمال اللحوم والشحوم ومن حلف لا يأكل
من هذه الحنطة لم يحنث حتى يقضمها ولو اكل من خبزها لم يحنث وهذا
عند ابي حنيفة وقالا ان اكل من خبزها يحنث ايضا لانه مفهوم منه عرفا و
لابي حنيفة رحمه الله ان له حقيقة مستعملة فانها تغلى وتقلى وتؤكل قضما
وهي قاضية على المجاز المتعارف على ما هو الاصل عنده ولو قضمها حنث عندهما
هو الصحيح لعموم المجاز كما اذا حلف لا يضع قدمه في دار فلان واليه الاشارة
بقوله في الجامع حنث ايضا ولو حلف لا يأكل من هذا الدقيق فأكل من خبزه حنث

لان عينه غير مأكول فانصرف الى ما يتخذ منه ولو استفه كما هو لا يحنث هو
الصحيح لتعين المجاز مرادا ولو حلف لا يأكل خبزا فيمينه على ما يعتاد اهل
المصر اكله خبزا وذلك خبز الحنطة والشعير لانه هو المعتاد في غالب البلدان
ولو اكل من خبز القطايف لا يحنث لانه لا يسمى خبزا مطلقا الا اذا نواه
لانه يحتمله وكذا لو اكل خبز الارز بالعراق لم يحنث لانه غير معتاد عندهم
حتى لو كان بطبرستان او في بلدة طعامهم ذلك يحنث ولو حلف
لا يأكل الشواء فهو على اللحم دون الباذنجان والجزر لانه يراد به اللحم
المشوي عند الاطلاق الا ان ينوي ما يشوى من بيض وغيره لمكان الحقيقة
وان حلف لا يأكل الطبيخ فهو على ما يطبخ من اللحم وهذا استحسان
اعتبارا للعرف وهذا لان التعميم متعذر فيصرف الى خاص هو متعارف
وهو اللحم المطبوخ بالماء الا اذا نوى غير ذلك لان فيه تشديدا وان اكل
من مرقه يحنث لما فيه من اجزاء اللحم ولانه يسمى طبيخا ولو حلف لا يأكل
الرؤوس فيمينه على ما يكبس في التنانير ويباع في المصر ويقال يكبس وفي
الجامع الصغير ولو حلف لا يأكل رأسا فهو على رؤوس البقر والغنم عند
ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد على الغنم خاصة وهذا اختلاف عصر و
زمان كان العرف في زمنه فيهما وفي زمانهما في الغنم خاصة وفي زماننا
يفتى على حسب العادة كما هو المذكور في المختصر واذا حلف لا يأكل فاكهة
فأكل عنبا او رمانا او رطبا او قثاء او خيارا لم يحنث وان اكل تفاحا
او بطيخا او مشمشا حنث وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد
حنث في العنب والرطب والرمان ايضا والاصل ان الفاكهة اسم لما يتفكه
به قبل الطعام وبعده اي يتنعم به زيادة على المعتاد والرطب واليابس
فيه سواء بعد ان يكون التفكه به معتادا حتى لا يحنث بيابس البطيخ
وهذا المعنى موجود في التفاح واخواتها فيحنث بها وغير موجود في القثاء
والخيار لانهما من البقول بيعا واكلا فلا يحنث بهما واما العنب و
الرطب والرمان فهما يقولان معنى التفكه موجود فيها فانها اعز
الفواكه والتنعم بها يفوق التنعم بغيرها وابو حنيفة يقول ان هذه
الاشياء مما يتغذى بها او يتداوى بها فاوجب قصورا في معنى التفكه
للاستعمال في حاجة البقاء ولهذا كان اليابس منها من التوابل او من الاقوات
ولو حلف لا يأتدم فكل شيء اصطبغ به فهو ادام والشواء ليس بادام والملح

ادام وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد ما يوكل مع الخبز
غالبا ادام وهو رواية عن ابي يوسف لان الادام من المؤادمة وهي
الموافقة وكل ما يوكل مع الخبز موافق له كاللحم والبيض ونحوه ولهما ان
الادام ما يوكل تبعا والتبعية في الاختلاط حقيقة ليكون قايما به
وفي ان لا يوكل على الانفراد حكما وتمام الموافقة في الامتزاج ايضا والخل
وغيره من المايعات لا يوكل وحدها بل يشرب والملح لا يوكل بانفراده
عادة ولانه يذوب فيكون تبعا بخلاف اللحم وما يضاهيه لانه يوكل
وحده الا ان ينويه لما فيه من التشديد والعنب والبطيخ ليسا
بادام هو الصحيح ولو حلف لا يتغدى فالغدا الاكل من طلوع الفجر
الى الظهر والعشا من صلوة الظهر الى نصف الليل الى طلوع الفجر لانه
ماخوذ من السحر ويطلق ما تقرب منه ثم الغدا والعشا ما يقصد به
الشبع عادة ويعتبر عادة اهل كل بلد في حقهم ويشترط ان يكون اكثر
من نصف الشبع ومن قال ان لبست او اكلت او شربت فعبدي حر
ولو قال عنيت شيا دون شي لم يدين في القضا وغيره لان النية انما
تصح في الملفوظ والثوب وما يضاهيه غير مذكور تنصيصا والمقتضى
لا عموم له فلغت نية التخصيص فيه وان قال ان لبست ثوبا او شربت
شرابا او اكلت طعاما لم يدين في القضا خاصة لانه نكرة في محل الشرط
فتعم فعملت نية التخصيص فيه الا انه خلاف الظاهر فلا يدين ومن حلف
لا يشرب من دجلة فشرب منها باناء يحنث لانه المتعارف المفهوم وله ان
كلمة من للتبعيض وحقيقته في الكرع وهي مستعملة ولهذا يحنث بالكرع
اجماعا فمنعت المصير الى المجاز وان كان متعارفا وان حلف لا يشرب من
ماء دجلة فشرب منها باناء حنث لانه بعد الاغتراف بقي منسوبا الى دجلة
وهو الشرط فصار كما اذا شرب من نهر ياخذ من دجلة ومن قال ان لم
اشرب الماء الذي في هذا الكوز اليوم فامراته طالق وليس في الكوز
ماء لم يحنث وان كان فيه ماء فاهريق قبل الليل لم يحنث وهذا عند
ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف حنث في ذلك كله يعني اذا مضى
اليوم وعلى هذا الخلاف اذا كان اليمين بالله واصله ان من شرط
انعقاد اليمين وبقايه التصور عندهما خلافا لابي يوسف لان اليمين
انما تنعقد للبر فلا بد من تصور البر ليمكن ايجابه وله انه امكن القول

بانعقاده موجبا للبر على وجه يظهر في حق الخلف وهو الكفارة قلنا لا
بد من تصور الاصل لينعقد في حق الخلف ولهذا لا ينعقد الغموس
موجبا للكفارة ولو كانت اليمين مطلقة ففي الوجه الاول لا يحنث
عندهما وعند ابي يوسف يحنث في الحال وفي الوجه الثاني يحنث في قولهم
جميعا فابو يوسف فرق بين المطلق والموقت ووجه الفرق ان التا
قيت للتوسعة فلا يجب الفعل الا في اخر الوقت فلا يحنث قبله
وفي المطلق يجب البر كما فرغ وقد عجز فيحنث في الحال وهما فرقا بينهما
ووجه الفرق ان في المطلق يجب البر كما فرغ فاذا فات البر بفوات ما عقد
عليه اليمين يحنث في يمينه كما اذا مات الحالف والماء باق اما في الموقت
يجب البر في الجزء الاخير من الوقت وعند ذلك لم يبق محلية البر لعدم
التصور فلا يجب البر فيه ويبطل اليمين كما اذا عقده ابتداء في هذه
الحالة ومن حلف ليصعدن السما او ليقلبن هذا الحجر ذهبا انعقدت
يمينه وحنث عقيبها وقال زفر لا ينعقد لانه مستحيل عادة فاشبه
المستحيل حقيقة فلا ينعقد ولنا ان البر متصور حقيقة لان الصعود
الى السما ممكن حقيقة الا ترى ان الملائكة يصعدونه وكذا تحول الحجر
ذهبا بتحويل الله تعالى واذا كان متصورا ينعقد اليمين موجبا لخلفه
ثم يحنث بحكم العجز الثابت عادة كما اذا مات الحالف فانه يحنث مع
احتمال اعادة الحيوة بخلاف مسالة الكوز لان شرب الماء الذي في الكوز
وقت الحلف ولا ماء فيه لا يتصور فلم ينعقد

باب اليمين في الكلام

قال ومن حلف لا يكلم فلانا وكلمه وهو بحيث يسمع الا
انه نايم حنث لانه قد كلمه ووصل الى سمعه لكنه لم يفهم لنومه فصار
كما اذا ناداه وهو بحيث يسمع لكنه لم يفهم لتغافله وفي بعض روايات
المبسوط شرط ان يوقظه وعليه مشايخنا رحمهم الله لانه اذا لم ينتبه
كان كما اذا ناداه من بعيد وهو بحيث لا يسمع صوته ولو حلف لا يكلمه
الا باذنه فاذن له ولم يعلم بالاذن حتى كلمه حنث لان الاذن مشتق
من الاذان الذي هو الاعلام او من الوقوع في الاذن وكل ذلك لا يتحقق
الا بالسماع وقال ابو يوسف لا يحنث لان الاذن هو الاطلاق
وانه يتم بالاذن كالرضا قلنا الرضا من اعمال القلب ولا كذلك الاذن
على ما مر وان حلف لا يكلمه شهرا فهو من حين حلف لانه لو لم يذكر الشهر

بتابد اليمين فذكر الشهر لاخراج ما وراءه فبقي الذي يلي يمينه داخلا عملا
بدلالة الحال بخلاف ما اذا قال والله لا اصوم شهرا لانه لو لم يذكر الشهر
لا يتابد اليمين فكان ذكره لتقدير الصوم به وانه منكر فالتعيين اليه
وان حلف لا يتكلم فقرأ القران في صلوته لم يحنث وان قرأ في غير صلوته
حنث وعلى هذا التسبيح والتهليل والتكبير وفي القياس يحنث فيهما و
هو قول الشافعي رحمه الله لانه كلام حقيقة ولنا انه في الصلوة ليس
بكلام عرفا ولا شرعا قال عليه السلام ان صلاتنا هذه لا يصلح
فيها شيء من كلام الناس وقيل في عرفنا لا يحنث في غير الصلوة ايضا
لانه لا يسمى متكلما بل قارئا ومسبحا ولو قال يوم اكلم فلانا فامرأته طالق
فهو على الليل والنهار لان اسم اليوم اذا قرن بفعل لا يمتد يراد به مطلق
الوقت قال الله تعالى ومن يولهم يومئذ دبره والكلام لا يمتد
وان عنى النهار خاصة دين في القضاء لانه مستعمل فيه ايضا وعن ابي يوسف
انه لا يدين في القضاء لانه خلاف المتعارف ولو قال ليلة اكلم فلانا
فهو على الليلة خاصة لانه حقيقة في سواد الليل كالنهار للبياض خاصة
وما جاء استعماله في مطلق الوقت ولو قال ان كلمت فلانا الا ان
يقدم فلان او قال حتى يقدم فلان او قال الا ان ياذن فلان او حتى
ياذن فلان فامرأته طالق فكلمه قبل القدوم او الاذن حنث ولو كلمه
بعد القدوم والاذن لم يحنث لانه غاية واليمين باقية قبل الغاية
ومنتهية بعدها فلا يحنث بالكلام بعد انتهاء اليمين وان مات فلان
سقطت اليمين خلافا لابي يوسف رحمه الله لان الممنوع عنه كلام
ينتهي بالاذن والقدوم ولم يبق بعد الموت متصور الوجود فسقطت
اليمين وعنده التصور ليس بشرط فعند سقوط الغاية تتابد اليمين
ومن حلف لا يكلم عبد فلان ولم ينو عبدا بعينه او امرأة فلان او صديق
فلان فباع فلان عبده او بانت منه امرأته او عادى صديقه فكلمهم
لم يحنث لانه عقد يمينه على فعل واقع في محل مضاف الى فلان اما اضافة
ملك او اضافة نسبة ولم يوجد فلا يحنث قال رضي الله عنه هذا
في اضافة الملك بالاتفاق وفي اضافة النسبة عند محمد رحمه الله يحنث
كالمرأة والصديق قال في الزيادات لان هذه الاضافة للتعريف لان
المرأة والصديق مقصود بالهجران فلا يشترط دوامها وتعلق الحكم بنفسه

كما في الاشارة وجه ما ذكر ههنا وهو رواية الجامع الصغير انه يحتمل
ان غرضه هجرانه لاجل المضاف اليه ولهذا لم يعينه فلا يحنث بعد
زوال الاضافة بالشك وان كانت يمينه على عبد بعينه بان قال
عبد فلان هذا او امرأة بعينها او صديقا بعينه لم يحنث في العبد
وحنث في المرأة والصديق وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف و
قال محمد يحنث في العبد ايضا وهو قول زفر وان حلف لا يدخل دار
فلان هذه فباعها ثم دخلها فهو على الاختلاف وجه قول محمد و
زفر ان الاضافة للتعريف والاشارة ابلغ منها فيه لكونها قاطعة
للشركة فاعتبرت ولغت الاضافة وصار كالصديق والمرأة ولهما
ان الداعي الى اليمين معنى في المضاف اليه لان هذه الاعيان لا
تهجر ولا تعادى لذواتها وكذا العبد لسقوط منزلته بل المعنى في
ملاكها فيتقيد اليمين بحال قيام الملك بخلاف ما اذا كانت الاضافة
اضافة نسبة كالصديق والمرأة لانه يعادى لذاته فكانت الاضافة
للتعريف والداعي لمعنى في المضاف غير ظاهر لعدم التعيين بخلاف
ما تقدم وان حلف لا يكلم صاحب هذا الطيلسان فباعه ثم كلمه
يحنث لان هذه الاضافة لا تحتمل الا التعريف لان الانسان لا يعادى
لمعنى في الطيلسان فصار كما اذا اشار اليه ومن حلف لا يكلم هذا
الشاب فكلمه وقد صار شيخا حنث لان الحكم يتعلق بالمشار اليه
اذ الصفة في الحاضر لغو وهذه الصفة ليست بداعية الى اليمين
على ما مر من قبل فصل ومن حلف لا يكلمه حينا او زمانا
او الحين او الزمان فهو على ستة اشهر لان الحين قد يراد به الزمان
القليل وقد يراد به اربعون سنة قال الله تعالى هل اتى على
الانسان حين من الدهر وقد يراد به ستة اشهر قال تعالى تؤتي
اكلها كل حين باذن ربها وهذا هو الوسط فينصرف اليه وهذا لان
اليسير لا يقصد بالمنع لوجود الامتناع فيه عادة والمؤبد لا يقصد
غالبا لانه بمنزلة الابد ولو سكت عنه يتابد فتعين ما ذكرناه وكذا
الزمان يستعمل استعمال الحين يقال ما رايتك منذ حين ومنذ
زمان بمعنى وهذا اذا لم يكن له نية اما اذا نوى شيئا فهو على ما
نوى لانه حقيقة كلامه قال وكذلك الدهر عند ابي يوسف

ومحمد وقال ابو حنيفة الدهر لا ادري ما هو وهذا الاختلاف في المنكر
هو الصحيح اما المعرف بالالف واللام يراد به الابد عرفا لهما ان الدهر
يستعمل استعمال الحين والزمان يقال ما رايتك منذ دهر ومنذ حين
بمعنى وابو حنيفة توقف في تقديره لان اللغات لا تدرك الا
قياسا والعرف لم يعرف استمراره لاختلاف في الاستعمال ولو حلف لا
يكلمه اياما فهو على ثلثة ايام لانه اسم جمع ذكر منكرا فيتناول اقل
الجمع وهو الثلث وان حلف لا يكلمه الايام فهو على عشرة ايام عند ابي
حنيفة وقالا على ايام الاسبوع ولو حلف لا يكلمه الشهور فهو على عشرة
اشهر عنده وعندهما على اثني عشر شهرا لان اللام للمعهود وهو ما ذكرنا
لانه يدور عليها وله انه جمع معرف فينصرف الى اقصى ما يذكر بلفظ
الجمع وذلك عشرة وكذا الجواب عنده في الجمع والسنين وعندهما ينصرف
الى العمر لانه لا معهود دونه ومن قال لعبده ان خدمتني اياما كثيرة
فانت حر فالايام الكثيرة عند ابي حنيفة عشرة ايام لانه اكثر ما يتناوله
اسم الايام وقالا سبعة ايام لان ما زاد عليها تكرار وقيل لو كان اليمين
بالفارسية ينصرف الى سبعة لانه يذكر فيه بلفظ الفرد دون الجمع
والله اعلم باب اليمين في العتق والطلاق ومن قال
لامراته اذا ولدت ولدا فانت حر لان الموجود مولود طالق فولدت ولدا
ميتا طلقت وكذا اذا قال لامته اذا ولدت ولدا فانت حرة لان الموجود
مولود فيكون ولدا حقيقة ويسمى به في العرف ويعتبر ولدا في الشرع حتى
ينقضي به العدة والدم بعده نفاس وامه ام ولد فيتحقق الشرط وهو
ولادة الولد ولو قال اذا ولدت ولدا فهو حر فولدت ولدا ميتا ثم اخر
حيا عتق الحي وحده عند ابي حنيفة وقالا لا يعتق واحد منهما لان الشرط قد
تحقق بولادة الميت على ما بينا فتنحل اليمين لا الى جزاء لان الميت ليس بمحل
للجزاء وهو الحرية ولابي حنيفة رحمه الله ان مطلق اسم الولد مقيد بوصف
الحيوة لانه قصد اثبات الحرية جزاء وهي قوة حكمية تظهر في دفع تسلط
الغير ولا تثبت في الميت فيتقيد بوصف الحيوة كما اذا قال اذا ولدت
ولدا حيا بخلاف جزاء الطلاق وحرية الام لانه لا يصلح مقيدا واذا
قال اول عبد اشتريه فهو حر فاشترى عبدا عتق لان الاول اسم
لسابق فرد فان اشترى عبدين معا ثم اخر لم يعتق واحد منهم لانعدام التفرد

في الاولين

في الاولين والسبق في الثالث فانعدمت الاولية وان كان قال اول عبد
اشتريه وحده فهو حر عتق الثالث لانه يراد به التفرد في حالة الشرا
لان وحده للحال لغة والثالث سابق في هذا الوصف وان قال اخر عبد
اشتريه فهو حر فاشترى عبدا ومات لم يعتق لان الاخر فرد لاحق ولا
سابق له فلا يكون لاحقا ولو اشترى عبدا ثم عبدا ثم مات عتق الاخر
لانه فرد لاحق فاتصف بالاخرية ويعتق يوم اشتراه عند ابي حنيفة
رحمه الله ويعتبر من جميع المال وقالا يعتق يوم مات حتى يعتبر من الثلث
لان الاخرية لا تثبت الا بعدم شراء غيره بعده وذلك يتحقق بالموت فكان
الشرط متحققا عند الموت فيقتصر عليه ولابي حنيفة رحمه الله ان الموت
معرف فاما اتصافه بالاخرية في وقت الشرا فيثبت مستندا وعلى هذا
الخلاف تعليق الطلقات الثلث به وفائدته تظهر في حرمان الارث
وعدمه ومن قال كل عبد بشرني بولادة فلانة فهو حر فبشره ثلثة
متفرقين عتق الاول لان البشارة اسم لخبر يغير بشرة الوجه ويشترط
كونه سارا بالعرف وهذا انما يتحقق من الاول وان بشروه معا عتقوا
لانها تحققت من الكل وان قال ان اشتريت فلانا فهو حر فاشتراه
ينوي به كفارة يمينه لم يجزه لان الشرط قران النية بعلة العتق وهي
اليمين اما الشراء فشرطه وان اشترى اباه ينوي عن كفارة يمينه اجزاه
عندنا خلافا لزفر والشافعي لهما ان الشرا شرط العتق فاما العلة
فهي القرابة وهذا لان الشرا اثبات الملك والاعتاق ازالته وبينهما
منافاة ولنا ان شرا القريب اعتاق لقوله عليه السلام لن يجزي
ولد والده الا ان يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه جعل نفس الشرا اعتاقا
لانه لا يشترط غيره وصار نظير قوله سقاه فارواه ولو اشترى ام ولده
لم يجزه ومعنى هذه المسئلة ان يقول لامة قد استولدها بالنكاح
ان اشتريتك فانت حرة عن كفارة يميني ثم اشتراها فانها تعتق لو
جود الشرط ولا يجزيه عن الكفارة لان حريتها مستحقة بالاستيلاد فلا
تضاف الى اليمين من كل وجه بخلاف ما اذا قال لقنة ان اشتريتك
فانت حرة عن كفارة يميني حيث يجزيه عنها اذا اشتراها لان حريتها غير
مستحقة بجهة اخرى فلم تختل الاضافة الى اليمين وقد قارنته النية ومن
قال ان تسريت جارية فهي حرة فتسرى جارية كانت في ملكه عتقت لان

اليمين انعقدت في حقها لمصادفتها الملك وهذا لان الجارية منكرة في
هذا الشرط فيتناول كل جارية على الانفراد وان اشترى جارية فتسرى بها
لم يعتق خلافا لزفر رحمه الله فانه يقول التسري لا يصح الا في الملك فكان
ذكره ذكر الملك وصار كما اذا قال لاجنبية ان طلقتك فعبدي حر يصير
التزوج مذكورا ولنا ان الملك يصير مذكورا ضرورة صحة التسري
وهو شرط فيتقدر بقدره ولا يظهر في حق صحة الجزاء وهو الحرية وفي
مسئلة الطلاق انما يظهر في الشرط دون الجزاء حتى لو قال لها ان طلقتك
فانت طالق ثلثا فتزوجها وطلقها لا تطلق ثلثا فهذه وزان مسئلتنا
ومن قال كل مملوك لي حر تعتق امهات اولاده ومدبروه وعبيده لوجود
الاضافة المطلقة في هولاء اذ الملك ثابت فيهم رقبة ويدا ولا يعتق
مكاتبوه الا ان ينويهم لان الملك غير ثابت يدا ولهذا لا يملك اكتسابه
ولا يحل له وطي المكاتبة بخلاف ام الولد والمدبرة فاختلت الاضافة فلا
بد من النية ومن قال لنسوة له هذه طالق او هذه وهذه طلقت
الاخيرة وله الخيار في الاوليين لان او لاثبات احد المذكورين وقد ادخلها
بين الاوليين ثم عطف الثالثة على المطلقة لان العطف للمشاركة في
الحكم فيختص بمحله فصار كما اذا قال احديكما طالق وهذه وكذا اذا قال
لعبيده هذا حر او هذا وهذا عتق الاخير وله الخيار في الاولين لما بينا

باب اليمين في البيع والشراء والتزوج وغير ذلك ومن حلف
لا يبيع او لا يشتري او لا يواجر فوكل من فعل ذلك لم يحنث لان العقد
وجد من العاقد حتى كانت الحقوق عليه ولهذا لو كان العاقد هو الحالف
يحنث في يمينه فلم يوجد ما هو الشرط وهو العقد من الامر وانما الثابت
له حكم العقد الا ان ينوي ذلك لان فيه تشديدا او يكون الحالف ذا
سلطان لا يتولى العقد بنفسه لانه يمنع نفسه عما يعتاده ومن حلف
لا يتزوج او لا يطلق او لا يعتق فوكل بذلك حنث لان الوكيل في هذا
سفير ومعبر ولهذا لا يضيفه الى نفسه بل الى الامر وحقوق العقد ترجع
الى الامر لا اليه ولو قال عنيت ان لا اتكلم به لم يدين في القضاء خاصة
لانه نوى خلاف الظاهر ويدين في ما بينه وبين الله تعالى ولو حلف لا يضرب عبده او لا يذبح
شاته فامر غيره ففعل يحنث في يمينه لان المالك له ولاية ضرب عبده
وذبح شاته فيملك تولية غيره ثم منفعته راجعة الى الامر فيجعل هو

باشرا

باشرا اذ لا حقوق له ترجع الى المامور ولو قال عنيت ان لا اتولى ذلك بنفسي
دين في القضاء بخلاف ما تقدم من الطلاق وغيره ووجه الفرق ان
الطلاق ليس الا تكلما بكلام يفضي الى وقوع الطلاق عليها والامر
بذلك مثل التكلم به واللفظ ينتظمهما فاذا نوى التكلم به فقد نوى الخصوص
في العام فيدين ديانة لا قضاء اما الضرب والذبح ففعل حسي يعرف باثره
والنسبة الى الامر بالتسبيب مجاز فاذا نوى الفعل بنفسه فقد نوى
الحقيقة فيصدق ديانة وقضاء ومن حلف لا يضرب ولده فامر انسانا
فضربه لم يحنث في يمينه لان منفعة ضرب الولد عائدة اليه وهو التأدب
والتثقف فلم ينسب فعله الى الامر بخلاف الامر بضرب العبد لان
منفعته الائتمار بامره فيضاف الفعل اليه ولو قال ان بعت لك
هذا الثوب فامرأته طالق فدس المحلوف عليه ثوبه في ثياب الحالف
فباعه ولم يعلم لم يحنث لان حرف اللام دخل على البيع فيقتضي اختصاصه
به وذلك بان يفعله بامره اذ البيع تجري فيه النيابة ولم يوجد بخلاف
ما اذا قال ان بعت ثوبا لك حيث يحنث اذا باع ثوبا مملوكا له سواء
كان بامره او بغير امره علم بذلك او لم يعلم لان حرف اللام دخل على العين
لانه اقرب اليه فيقتضي الاختصاص به وذلك بان يكون مملوكا له
ونظيره الصياغة والخياطة وكل ما تجري فيه النيابة بخلاف الاكل والشرب
وضرب الغلام لانه لا يحتمل النيابة فلا يفترق الحكم فيه في الوجهين و
من قال هذا العبد حر ان بعته فباعه على انه بالخيار عتق لوجود
الشرط وهو البيع والملك فيه قائم فينزل الجزاء وكذلك لو قال
المشتري ان اشتريته فهو حر فاشتراه على انه بالخيار يعتق ايضا لان
الشرط قد تحقق وهو الشراء والملك قائم فيه وهذا على اصلهما ظاهر وكذا
على اصله لان هذا العتق بتعليقه والمعلق كالمنجز ولو نجز العتق
يثبت الملك سابقا عليه فكذا هاهنا ولو قال ان لم ابع هذا العبد او
الامة فامرأته طالق فاعتق او دبر طلقت امرأته لان الشرط قد تحقق
وهو عدم البيع لفوات المحلية واذا قالت المرأة لزوجها تزوجت علي فقال
كل امرأة لي طالق ثلثا طلقت هذه الذي حلفته في القضاء وعن ابي يوسف
انها لا تطلق لانه اخرجه جوابا فينطبق عليه ولان غرضه ارضاؤها وهو
بطلاق غيرها فيتقيد به ووجه الظاهر عموم الكلام وقد زاد على حرف الجواب

فيجعل مبتديا وقد يكون عوضا لحاجتها حين اعترضت عليه فيما احله الشرع
ومع التردد لا يصلح مقيدا ولو نوى غيرها يصدق ديانة لا قضاء لانه
تخصيص العام **باب اليمين في الحج والصلوة والصوم** ومن
قال وهو في الكعبة او في غيرها علي المشي الى بيت الله او الى الكعبة فعليه
حجة او عمرة ماشيا وان شاء ركب واهراق دما وفي القياس لا يلزمه شيء
لانه التزم ما ليس بقربة واجبة ولا مقصودة في الاصل ومذهبنا ما
نقل عن علي رضي الله عنه ولان الناس تعارفوا ايجاب الحج والعمرة بهذا
اللفظ فصار كما اذا قال علي زيارة البيت ماشيا فيلزمه ماشيا
وان شاء ركب واراق دما وقد ذكرناه في المناسك ولو قال علي الخروج
او الذهاب الى بيت الله فلا شيء عليه لان التزام الحج او العمرة بهذا
اللفظ غير متعارف ولو قال علي المشي الى الحرم او الصفا والمروة فلا
شيء عليه وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف في قوله علي المشي الى
الحرم حجة او عمرة ولو قال الى المسجد الحرام فهو على هذا الاختلاف
لهما ان الحرم شامل على البيت وكذا المسجد الحرام فصار ذكره
كذكره بخلاف الصفا والمروة لانهما منفصلان عنه وله ان التزام
الاحرام بهذه العبارة غير متعارف ولا يمكن ايجابه باعتبار حقيقة
اللفظ فامتنع اصلا ومن قال عبدي حر ان لم احج العام فقال حججت
وشهد شاهدان انه ضحى العام بالكوفة لم يعتق عبده وهذا عند
ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يعتق لان هذه شهادة قامت
على امر معلوم وهو التضحية ومن ضرورته انتفاء الحج فيتحقق الشرط
ولهما انها قامت على النفي لان المقصود منها نفي الحج لا اثبات التضحية
لانه لا مطالب لها فصار كما اذا شهدوا انه لم يحج غاية الامر ان هذا
النفي مما يحيط علم الشاهد به ولكنه لا يميز بين نفي ونفي تيسيرا ومن حلف
لا يصوم فنوى الصوم وصام ساعة ثم افطر من يومه حنث لوجود الشرط
اذ الصوم هو الامساك عن المفطرات على قصد التقرب ولو حلف
لا يصوم يوما او صوما فصام ساعة ثم افطر لا يحنث لانه يراد به
الصوم التام المعتبر شرعا وذلك بانهائه الى اخر اليوم واليوم صريح
في تقدير المدة به ولو حلف لا يصلي فقام وقرأ وركع لم يحنث وان
سجد مع ذلك ثم قطع حنث والقياس ان يحنث بالافتتاح اعتبارا

بالشروع

بالشروع في الصوم وجه الاستحسان ان الصلوة عبارة عن الاركان
المختلفة فما لم يأت بجميعها لا يسمى صلاة بخلاف الصوم لانه ركن واحد
وهو الامساك ويتكرر بالجزء الثاني ولو حلف لا يصلي لم يحنث ما لم
يصل ركعتين لانه يراد به الصلوة المعتبرة شرعا واقلها ركعتان للنهي
عن البتيراء والله اعلم **باب اليمين في لبس الثياب والحلي وغير ذلك**
ومن قال لامرأته ان لبست من غزلك فهو هدي فاشترى قطنا فغزلته
ونسجته فلبسه فهو هدي عند ابي حنيفة وقالا ليس عليه ان يهدي
حتى تغزله من قطن ملكه يوم حلف ومعنى الهدي التصدق به بمكة
لانه اسم لما يهدى اليها لهما ان النذر انما يصح في الملك او مضافا الى سبب
الملك ولم يوجد لان اللبس وغزل المرأة ليسا من اسباب ملكه وله
ان غزل المرأة عادة يكون من قطن الزوج والمعتاد هو المراد وذلك
سبب الملك ولهذا يحنث اذا غزلت من قطن مملوك له وقت النذر
لان القطن لم يصر مذكورا ومن حلف لا يلبس حليا فلبس خاتم فضة
لم يحنث لانه ليس بحلي عرفا ولا شرعا حتى ابيح استعماله للرجال والتختم
به لقصد الختم وان كان من ذهب حنث لانه حلي ولهذا لا يحل استعماله
للرجال ولو لبس عقد لؤلؤ غير مرصع لا يحنث عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا يحنث لانه حلي حقيقة حتى سمي به في القران وله انه لا يتحلى به عرفا
الا مرصعا ومبنى الايمان على العرف وقيل هذا اختلاف عصر وزمان
ويفتى بقولهما لان التحلي به على الانفراد متعارف ومن حلف لا ينام
على فراش فنام عليه وفوقه قرام حنث لانه تبع للفراش فيعد نائما عليه
وان جعل فوقه فراشا اخر فنام عليه لا يحنث لان مثل الشيء لا يكون تبعا
له فيقطع النسبة عن الاول ولو حلف لا يجلس على الارض فجلس على بساط
او حصير لم يحنث لانه لا يسمى جالسا على الارض بخلاف ما اذا حال بينه
وبين الارض لباسه لانه تبع له فلا يعتبر حائلا ولو حلف لا يجلس على سرير
فجلس على سرير فوقه بساط او حصير حنث لانه يعد جالسا عليه والجلوس
على السرير في العادة كذلك بخلاف ما اذا جعل فوقه سريرا اخر لانه مثل
الاول فيقطع النسبة عنه والله اعلم **باب اليمين في الضرب
والقتل وغيره** ومن قال ان ضربتك فعبدي حر فمات
فضربه فهو على الحياة لان الضرب اسم لفعل مؤلم يتصل بالبدن والا

يلام

لا يتحقق في الميت ومن يعذب في القبر يوضع فيه الحيوة في قول العامة
وكذلك الكسوة لانه يراد به التمليك عند الاطلاق ومنه الكسوة في
الكفارة وهو من الميت لا يتحقق الا ان ينوي به الستر وقيل بالفارسية
ينصرف الى اللبس قال وكذلك الكلام والدخول لان المقصود
من الكلام الافهام والموت ينافيه والمراد من الدخول عليه زيارته وبعد
الموت يزار قبره لا هو ولو قال ان غسلتك فعبدي حر فغسله بعدما
مات يحنث لان الغسل هو الاسالة ومعناه التطهير ويتحقق ذلك
في الميت ومن حلف لا يضرب امرأته فمد شعرها او خنقها او عضها حنث
لانه اسم لفعل مولم وقد تحقق الايلام وقيل لا يحنث في حال الملاعبة
لانه يسمى ممازحة لا ضربا ومن قال ان لم اقتل فلانا فامرأته طالق وفلان
ميت وهو عالم به حنث لانه عقد يمينه على حيوة يحدثها الله تعالى فيه
وهو متصور فينعقد قياس مسئلة الكوز على الاختلاف وليس في تلك
المسئلة تفصيل العلم هو الصحيح **باب اليمين في تقاضي
الدراهم** ومن حلف ليقضين دينه الى قريب فهو ما دون الشهر
وان قال الى بعيد فهو اكثر من شهر لان ما دونه يعد قريبا والشهر وما
زاد عليه يعد بعيدا ولهذا يقال عند بعد العهد ما لقيتك منذ شهر
ومن حلف ليقضين فلانا دينه اليوم فقضاه ثم وجد فلان بعضها
زيوفا او نبهرجة او مستحقة لم يحنث الحالف لان الزيافة عيب والعيب
لا يعدم الجنس ولهذا لو تجوز به صار مستوفيا فيوجد شرط البر وقبض
المستحقة صحيح ولا يرتفع برده البر المتحقق وان وجدها رصاصا او
ستوقة حنث لانهما ليسا من جنس الدراهم حتى لا يجوز التجوز بهما في
الصرف والسلم وان باعه بها عبدا فقبضه بر في يمينه لان قضاء الدين
طريقه المقاصة وقد تحقق بمجرد البيع وكانه شرط القبض ليتقرر به وان
وهبها له يعني الدين لم يبر لعدم المقاصة لان القضاء فعله والهبة
اسقاط من صاحب الدين ومن حلف لا يقبض دينه درهما دون درهم
فقبض بعضه لم يحنث حتى يقبض جميعه لان الشرط قبض الكل لكنه
بوصف التفرق الا ترى انه اضاف القبض الى دين معرف مضاف اليه
فينصرف الى كله فلا يحنث الا به فان قبض دينه في وزنتين لم يتشاغل بينهما
الا بعمل الوزن لم يحنث وليس ذلك بتفريق لانه قد يتعذر قبض الكل دفعة

واحدة عادة فيصير هذا القدر مستثنى عنه ومن قال ان كان لي الا مائة درهم
فامرأته طالق فلم يملك الا خمسين درهما لم يحنث لان المقصود منه عرفا
نفي ما زاد على المائة ولان استثناء المائة استثناء بجميع اجزائها وكذلك
اذا قال غير مائة او سوى مائة لان كل ذلك اداة الاستثناء **مسائل
متفرقة** واذا حلف لا يفعل كذا تركه ابدا لانه نفى الفعل مطلقا فعم
الامتناع ضرورة عموم النفي وان حلف ليفعلن كذا ففعله مرة بر
في يمينه لان الملتزم فعل واحد غير عين اذ المقام مقام الاثبات فيبر
باي فعل فعله وانما يحنث بوقوع الياس عنه وذلك بموته او بفوات
محل الفعل واذا استحلف الوالي رجلا ليعلمنه بكل داعر دخل
البلد فهذا على حال ولايته خاصة لان المقصود منه دفع شره او شر
غيره بزجره فلا يفيد فائدته بعد زوال سلطنته والزوال بالموت
وكذا بالعزل في ظاهر الرواية ومن حلف ان يهب عبده لفلان فوهب
ولم يقبل بر في يمينه خلافا لزفر رحمه الله فانه يعتبره بالبيع لانه تمليك
مثله ولنا انه عقد تبرع فيتم بالمتبرع ولهذا يقال وهب ولم يقبل ولان
المقصود اظهار السماحة وذلك يتم به اما البيع معاوضة فاقتضى
الفعل من الجانبين ومن حلف لا يشم ريحانا فشم وردا او ياسمينا لا يحنث
لانه اسم لما لا ساق له ولهما ساق ولو حلف لا يشتري بنفسجا ولا نية
له فهو على دهنه اعتبارا للعرف ولهذا يسمى بايعه بايع البنفسج والشراء
يبتنى عليه وقيل في عرفنا يقع على الورق وان حلف على الورد فاليمين على
الورق لانه حقيقة فيه والعرف مقرر له وفي البنفسج قاض عليه والله اعلم

كتاب الحدود قال رضي الله عنه الحد لغة المنع ومنه
الحداد للبواب وفي الشريعة هي العقوبة المقدرة حقا لله تعالى حتى
لا يسمى القصاص حدا لما انه حق العبد ولا التعزير لعدم التقدير والمقصد
الاصلي من شرعه الانزجار عما يتضرر به العباد والطهارة ليست اصلية
فيه بدليل شرعه في حق الكافر قال الزنا يثبت بالبينة والاقرار والمراد
ثبوته عند الامام لان البينة دليل ظاهر وكذا الاقرار لان الصدق فيه
مرجح لا سيما فيما يتعلق بثبوته مضرة ومعرة والوصول الى العلم القطعي
متعذر فيكتفى بالظاهر قال والبينة ان تشهد اربعة من الشهود
على رجل وامرأة بالزنا لقوله تعالى فاستشهدوا عليهن اربعة منكم

تعالى ثم لم ياتوا باربعة شهداء وقال عليه السلام للذي قذف امراته
ائت باربعة يشهدون على صدق مقالتك ولان في اشتراط الاربع تحقيق
معنى الستر وهو مندوب اليه والاشاعة ضده واذا شهدوا سالهم
الامام عن الزنا ما هو وكيف هو واين زنى ومتى زنى وبمن زنى لان النبي
عليه السلام استفسر ماعزا عن الكيفية وعن المزنية ولان الاحتياط في ذلك
لانه عساه غير الفعل في الفرج عناه او زنى في دار الحرب او في المتقادم
من الزمان او كانت له شبهة لا يعرفها هو ولا الشهود كوطء جارية الابن
فيستقصى في ذلك احتيالا للدرء فاذا بينوا ذلك وقالوا رايناه وطئها
في فرجها كالميل في المكحلة وسال القاضي عنهم فعدلوا في السر والعلانية
حكم بشهادتهم ولم يكتف بظاهر العدالة احتيالا للدرء قال عليه السلام
ادرؤا الحدود ما استطعتم بخلاف سائر الحقوق عند ابي حنيفة رحمه الله
وتعديل السر والعلانية نبينه في الشهادات ان شاء الله قال في الاصل
يحبسه حتى يسال عن الشهود للاتهام بالجناية وقد حبس رسول الله عليه
السلام رجلا بالتهمة بخلاف الديون حيث لا يحبس فيها قبل ظهور
العدالة وسياتيك الفرق ان شاء الله تعالى قال والاقرار ان يقر
البالغ العاقل على نفسه بالزنا اربع مرات في اربعة مجالس من مجالس المقر
كلما اقر رده القاضي فاشتراط البلوغ والعقل لان قول الصبي والمجنون
غير معتبر او غير موجب للحد واشتراط الاربع مذهبنا وعند الشافعي
رحمه الله يكتفى بالاقرار مرة واحدة اعتبارا بسائر الحقوق وهذا لانه
مظهر وتكرار الاقرار لا يفيد زيادة الظهور بخلاف زيادة العدد
في الشهادة ولنا حديث ماعز رضي الله عنه فانه عليه السلام اخر الاقامة
الى ان تم الاقرار منه اربع مرات في اربعة مجالس فلو ظهر دونها لما اخرها
لثبوت الوجوب ولان الشهادة اختصت فيه بزيادة العدد فكذا
الاقرار اعظاما لامر الزنا وتحقيقا لمعنى الستر ولا بد من اختلاف المجالس
لما روينا ولان لاتحاد المجلس اثرا في جمع المتفرقات فعنده يتحقق
شبهة الاتحاد في الاقرار والاقرار قائم بالمقر فيعتبر اختلاف مجلسه
دون القاضي والاختلاف بان يرده القاضي كلما اقر فيذهب حتى لا يراه
ثم يجيء فيقر هو المروي عن ابي حنيفة لانه عليه السلام طرد ماعزا في كل مرة
حتى توارى بحيطان المدينة قال فاذا تم اقراره اربع مرات ساله

عن الزنا ما هو وكيف هو واين زنى وبمن زنى فاذا بين ذلك لزمه الحد
لتمام الحجة ومعنى السؤال عن هذه الاشيا بيناه في الشهادة ولم يذكر
السؤال فيه عن الزمان وذكره في الشهادة لان تقادم العهد يمنع الشهادة
دون الاقرار وقيل لو ساله جاز لجواز انه زنى في صباه فان رجع المقر
عن اقراره قبل اقامة الحد او في وسطه قبل رجوعه وخلي سبيله وقال
الشافعي رحمه الله وهو قول ابن ابي ليلى يقيم عليه الحد لانه وجب باقراره
فلا يبطل برجوعه وانكاره كما اذا وجب بالشهادة وصار كالقصاص
وحد القذف ولنا ان الرجوع خبر محتمل للصدق كالاقرار وليس احد
يكذبه فيه فتتحقق الشبهة في الاقرار بخلاف ما فيه حق العبد وهو القصاص
وحد القذف لوجود من يكذبه ولا كذلك ما هو خالص حق الشرع
ويستحب للامام ان يلقن المقر الرجوع ويقول له لعلك لمست او
قبلت لقوله عليه السلام لماعز لعلك مسستها او قبلتها قال في الاصل
وينبغي ان يقول له الامام لعلك تزوجتها او وطئتها بشبهة وهذا قريب
من الاول في المعنى والله اعلم

فصل في كيفية الحد واقامته

اذا وجب الحد وكان الزاني محصنا رجمه بالحجارة حتى يموت لانه عليه السلام
رجم ماعزا وهو محصن وقال في الحديث المعروف وزنا بعد احصان
وعلى هذا اجماع الصحابة رضي الله عنهم قال ويخرجه الى ارض فضاء ويبتدئ
الشهود برجمه ثم الامام ثم الناس كذا روي عن علي رضي الله عنه ولان الشاهد
قد يتجاسر على الاداء ثم يستعظم المباشرة فيرجع فكان في بدايته احتيال
للدرء وقال الشافعي لا يشترط بدايته اعتبارا بالجلد قلنا كل احد لا يحسن
الجلد فربما يقع مهلكا والاهلاك غير مستحق ولا كذلك الرجم لانه اتلاف
فان امتنع الشهود من الابتداء سقط الحد لانه دلالة الرجوع وكذا
اذا ماتوا او غابوا في ظاهر الرواية لفوات الشرط وان كان مقرا ابتدا الامام
ثم الناس كذا روي عن علي رضي الله عنه ورمى رسول الله عليه السلام
الغامدية بحصاة مثل الحمصة وكانت اعترفت بالزنا ويغسل ويكفن
ويصلى عليه لقوله عليه السلام لماعز اصنعوا به كما تصنعون بموتاكم و
لانه قتل بحق فلا يسقط الغسل كالمقتول قصاصا وصلى عليه السلام
على الغامدية بعدما رجمت وان لم يكن محصنا وكان حرا فحده مائة جلدة
لقوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة الا انه انتسخ

في حق المحصن فيفضي في غيره معنى لا به قال ويامر الامام بضربه بسوط
لا ثمرة له ضربا متوسطا لان عليا رضي الله عنه لما اراد ان يقيم الحد كسر
ثمرته والمتوسط بين المبرح وغير المولم لافضاء الاول الى الهلاك وخلو
الثاني عن المقصود وهو الانزجار وينزع عنه ثيابه معناه دون الازار
لان عليا رضي الله عنه كان يامر بالتجريد في الحدود ولان التجريد ابلغ في
ايصال الالم اليه وهذا الحد مبناه على الشدة في الضرب وفي نزع الا
زار كشف العورة فيتوقاه ويفرق الضرب على اعضايه لان الجمع في عضو
واحد قد يفضي الى التلف والحد زاجر لا متلف قال الا راسه ووجهه
وفرجه لقوله عليه السلام للذي امره بضرب الحد اتق الوجه والمذاكير
ولان الفرج مقتل والراس مجمع الحواس وكذا الوجه وهو مجمع المحاسن
ايضا فلا يومن فوات شيء منها بالضرب وذلك اهلاك معنى فلا
يشرع حدا وقال ابو يوسف رحمه الله يضرب الراس ايضا رجع
اليه وانما يضرب سوطا لقول ابي بكر رضي الله عنه اضربوا الراس فان فيه
شيطانا قلنا تاويله انه قال ذلك فيمن ابيح قتله ويقال انه
ورد في حربي كان من دعاة الكفرة والاهلاك فيه مستحق ويضرب
في الحدود كلها قائما غير ممدود لقول علي رضي الله عنه يضرب
الرجال في الحدود قياما والنسا قعودا ولان مبنى اقامة الحد
على التشهير والقيام ابلغ فيه ثم قوله غير ممدود فقد قيل المد ان يلقى
على الارض ويمد كما يفعل في زماننا وقيل ان يمد السوط فيرفعه
الضارب فوق راسه وقيل ان يمده بعد الضرب وذلك كله لا يفعل
لانه زيادة على المستحق وان كان عبدا جلده خمسين لقوله تعالى فعليهن
نصف ما على المحصنات من العذاب نزلت في الاما ولان الرق منقص
للنعمة منقص للعقوبة لان الجناية عند توافر النعم افحش فيكون ادعى
الى التغليظ والرجل والمراة في ذلك لان النصوص تشملهما غير ان المراة
لا ينزع من ثيابها الا الفرو والحشو لان في تجريدها كشف العورة والفرو
والحشو يمنعان وصول الالم الى المضروب والستر حاصل بدونهما فينزع
وتضرب جالسة لما روينا ولانه استر لها وان حفر لها في الرجم جاز لانه عليه
السلام حفر للغامدية الى ثندوتها وحفر علي رضي الله عنه لشراحة الهمدانية
وان ترك لا يضره لانه عليه السلام لم يامر بذلك وهي مستورة بثيابها

والحفر احسن لانه استر ويحفر الى الصدر لما روينا ولا يحفر للرجل لانه عليه السلام
ما حفر لماعز ولان مبنى الاقامة على التشهير في الرجال والربط والامساك
غير مشروع ولا يقيم المولى الحد على عبده الا باذن الامام وقال
الشافعي رحمه الله له ان يقيمه لان له ولاية مطلقة عليه كالامام بل
اولى لانه يملك من التصرف فيه ما لا يملكه الامام فصار كالتعزير
ولنا قوله عليه السلام اربع الى الولاة وذكر منها الحدود ولان الحد
حق الله تعالى لان المقصد منها اخلاء العالم عن الفساد ولهذا لا يسقط
باسقاط العبد فيستوفيه من هو نايب عن الشرع وهو الامام او نايبه
بخلاف التعزير لانه حق العبد ولهذا يعزر الصبي وحق الشرع مو
ضوع عنه واحصان الرجم ان يكون حرا عاقلا بالغا مسلما قد تزوج
امراة نكاحا صحيحا ودخل بها وهما على صفة الاحصان والعقل و
البلوغ شرط لاهلية العقوبة اذ لا خطاب دونهما وما وراءهما يشترط
لتكامل الجناية بواسطة تكامل النعمة اذ كفران النعمة يتغلظ عند تكثرها
وهذه الاشيا من جلايل النعم وقد شرع الرجم بالزنا عند استجماعها
فيناط به بخلاف الشرف والعلم لان الشرع ما ورد باعتبارهما ونصب
الشرع بالراي متعذر ولان الحرية ممكنة من النكاح الصحيح والنكاح
الصحيح من الوطء الحلال والاصابة شبع بالحلال والاسلام يمكنه
من نكاح المسلمة ويوكد اعتقاد الحرمة فيكون الكل مزجرة عن الزنا
والجناية بعد توفر الزواجر اغلظ والشافعي يخالفنا في اشتراط الاسلام
وكذا ابو يوسف في رواية لهما ما روي ان النبي عليه السلام رجم يهوديين
قد زنيا قلنا كان ذلك بحكم التوراة ثم نسخ يويده قوله عليه السلام
من اشرك بالله فليس بمحصن والمعتبر في الدخول الايلاج في القبل على
وجه يوجب الغسل وشرط صفة الاحصان فيهما عند الدخول حتى
لو دخل بالمنكوحة الكافرة او المملوكة او المجنونة او الصبية لا يكون محصنا
وكذا اذا كان الزوج موصوفا باحدى هذه الصفات وهي حرة مسلمة
عاقلة بالغة لان النعمة بذلك لا تتكامل اذ الطبع ينفر عن صحبة المجنونة
وقلما يرغب في الصبية لقلة رغبتها فيه وفي المملوكة حذرا عن رق الولد ولا
ايتلاف مع الاختلاف في الدين وابو يوسف رحمه الله يخالفهما في
الكافرة والحجة عليه ما ذكرناه وقوله عليه السلام لا تحصن المسلم اليهودية

ولا النصرانية ولا الحرة الامة ولا الحرة العبد قال ولا يجمع في المحصن بين
الجلد والرجم لانه عليه السلام لم يجمع ولان الجلد يعرى عن المقصود مع
الرجم لان زجر غيره يحصل بالرجم اذ هو في العقوبة اقصاها وزجره لا
يحصل بعد هلاكه ولا يجمع في البكر بين الجلد والنفي والشافعي رحمه الله
يجمع بينهما حدا لقوله عليه السلام البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام
ولان فيه حسم باب الزنا لقلة المعارف ولنا قوله تعالى فاجلدوا جعل
الجلد كل الموجب رجوعا الى حرف الفاء او الى كونه كل المذكور ولان في التغريب
فتح باب الزنا لانعدام الاستحياء من العشيرة ثم فيه قطع مواد البقاء
فربما تتخذ زناها مكسبة وهو من اقبح وجوه الزنا وهذه الجهة مرجحة لقول
علي رضي الله عنه كفى بالنفي فتنة والحديث منسوخ كشطره وهو قوله عليه
السلام الثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة وقد عرف طريقه في موضعه
قال الا ان يرى ذلك مصلحة فيغربه على قدر ما يرى وذلك تعزير وسياسة
لانه قد يفيد في بعض الاحوال فيكون الراي فيه الى الامام وعليه يحمل النفي
المروي عن بعض الصحابة رضي الله عنهم واذا زنى المريض وحده الرجم رجم لان
الاتلاف مستحق فلا يمتنع بسبب المرض وان كان حده الجلد لم يجلد حتى
يبرا كيلا يفضي الى الهلاك ولهذا لا يقام القطع عند شدة الحر والبرد
واذا زنت الحامل لم تحد حتى تضع حملها كيلا يؤدي الى هلاك الولد وهو
نفس محترمة وان كان حدها الجلد فحتى تتعالى من نفاسها اي ترتفع يريد
به تخرج منه لان النفاس نوع مرض فيؤخر الى زمان البرء بخلاف الرجم
لان التاخير لاجل الولد وقد انفصل وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يؤخر
الى ان يستغني ولدها عنها هذا اذا لم يكن احد يقوم بتربيته لان في التاخير
صيانة الولد عن الضياع وقد روي انه عليه السلام قال للغامدية
بعد ما وضعت ارجعي حتى يستغني ولدك ثم الحبلى تحبس الى ان تلد ان
كان الحد ثابتا بالبينة كيلا تهرب بخلاف الاقرار لان الرجوع عنه عامل
فلا يفيد الحبس

باب الوطء الذي يوجب الحد والذي لا يوجبه

قال الوطء الموجب للحد هو الزنا وانه في عرف الشرع واللسان وطء الرجل
المراة في القبل في غير الملك وشبهته يؤيد ذلك قوله عليه السلام ادرؤا
الحدود بالشبهات ثم الشبهة نوعان شبهة في الفعل وتسمى شبهة
اشتباه وشبهة في المحل وتسمى شبهة حكمية فالاولى يتحقق في حق من اشتبه عليه

لان معناه ان يظن غير الدليل دليلا ولا بد من الظن ليتحقق الاشتباه
والثانية تتحقق بقيام الدليل النافي للحرمة في ذاته ولا يتوقف على ظن
الجاني واعتقاده فالحد يسقط بالنوعين لاطلاق الحديث والنسب
يثبت في الثانية اذا ادعى الولد ولا يثبت في الاولى وان ادعاه لان الفعل
تمحض زنا في الاولى وان سقط الحد لامر راجع اليه وهو اشتباه الامر
عليه ولم يتمحض في الثانية فشبهة الفعل في ثمانية مواضع جارية ابيه وامه
وزوجته والمطلقة ثلاثا وهي في العدة وجارية المولى في حق العبد و
الجارية المرهونة في حق المرتهن في رواية كتاب الحدود ففي هذه المواضع
لا حد اذا قال ظننت انها تحل لي ولو قال علمت انها علي حرام وجب الحد
والشبهة في المحل في ستة مواضع جارية ابنه والمطلقة طلاقا بائنا
بالكنايات والجارية المبيعة في حق البائع قبل التسليم والممهورة في
حق الزوج قبل القبض والمشتركة بينه وبين غيره والمرهونة في حق المرتهن
في رواية كتاب الرهن ففي هذه المواضع لا يجب الحد وان قال علمت انها
علي حرام ثم الشبهة عند ابي حنيفة تثبت بالعقد وان كان متفقا على تحريمه
وهو عالم به وعند الباقين لا تثبت اذا علم بتحريمه ويظهر ذلك في نكاح
المحارم على ما ياتيك ان شاء الله تعالى اذا عرفنا هذا قال ومن طلق
امراته ثلاثا ثم وطئها في العدة وقال علمت انها علي حرام حد لزوال الملك
المحلل من كل وجه فتكون الشبهة منتفية وقد نطق الكتاب بانتفاء الحل
وعلى ذلك الاجماع ولا يعتبر قول المخالف فيه لانه خلاف لا اختلاف ولو
قال ظننت انها تحل لي لا يحد لان الظن في موضعه لان اثر الملك قائم في
حق النسب والحبس والنفقة فاعتبر ظنه في اسقاط الحد وام الولد اذا اعتقها
والمختلعة والمطلقة على مال بمنزلة المطلقة الثلاث لثبوت الحرمة بالاجماع
وقيام بعض الاثار في العدة ولو قال لها انت خلية او برية او امرك بيدك
فاختارت نفسها ثم وطئها في العدة وقال علمت انها علي حرام لم يحد لاختلاف
الصحابة فيه فمن مذهب عمر رضي الله عنه انها تطليقة رجعية وكذا الجواب
في سائر الكنايات وكذا اذا نوى ثلاثا لقيام الاختلاف مع ذلك ولا حد
على من وطئ جارية ولده وولد ولده وان قال علمت انها علي حرام لان الشبهة
حكمية لانها نشات عن دليل وهو قوله عليه السلام انت ومالك لابيك
والابوة قائمة في حق الجد قال ويثبت النسب منه وعليه قيمة الجارية

وقد ذكرناه واذا وطئ جارية ابيه او امه او زوجته وقال ظننت انها تحل
لي فلا حد عليه ولا على قاذفه وان قال علمت انها علي حرام حد وكذا العبد
اذا وطئ جارية مولاه لان بين هؤلاء انبساطا في الانتفاع وظنه في الاستمتاع
وكانت شبهة اشتباه الا انه زنا حقيقة فلا يحد قاذفه وكذا اذا قالت
الجارية ظننت انه يحل لي والفحل لم يدع في الظاهر لان الفعل واحد وان
وطئ جارية اخيه او عمه وقال ظننت انها تحل لي حد لانه لا انبساط في المال
فيما بينهما وكذا سائر المحارم سوى الولاد لما بينا ومن زفت اليه غير امرأته
وقال النساء انها زوجتك فوطئها لا حد عليه وعليه المهر قضى بذلك علي
رضي الله عنه وبالعدة ولانه اعتمد دليلا وهو الاخبار في موضع الاشتباه
اذ الانسان لا يميز بين امرأته وبين غيرها في اول الوهلة فصار كالمغرور ولا
حد على قاذفه في الاصح رواية عن ابي يوسف لان الملك منعدم حقيقة وان
وجد امرأة على فراشه فوطئها فعليه الحد لانه لا اشتباه بعد طول الصحبة
فلم يكن الظن مستندا الى دليل وهذا لانه قد تنام على فراشه غيرها من المحارم
التي في بيتها وكذا اذا كان اعمى لانه يمكنه التمييز بالسؤال وغيره الا اذا دعاها
فاجابته اجنبية وقالت انا زوجتك فواقعها لان الاخبار دليل ومن تزوج
امرأة لا يحل له نكاحها فوطئها لم يجب عليه الحد عند ابي حنيفة ولكن يوجع
عقوبة اذا كان علم بذلك وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي
عليه الحد اذا كان عالما بذلك لانه عقد لم يصادف محله فيلغو كما اذا
اضيف الى الذكور وهذا لان محل التصرف ما يكون محلا لحكمه وحكمه
الحل وهي من المحرمات ولابي حنيفة رحمه الله ان العقد صادف محله لان محل التصرف
منها يقبل مقصوده والانثى من بنات آدم قابلة للتوالد وهو المقصود
وكان ينبغي ان ينعقد في جميع الاحكام الا انه تقاعد عن افادة حقيقة
الحل فيورث الشبهة لان الشبهة ما يشبه الثابت لا نفس الثابت الا انه ارتكب
جريمة وليس فيها حد مقدر فيعزر ومن وطئ اجنبية فيما دون الفرج يعزر
لانه منكر ليس فيه شيء مقدر ومن اتى امرأة في الموضع المكروه او عمل عمل
قوم لوط فلا حد عليه عند ابي حنيفة رحمه الله ويعزر وزاد في الجامع الصغير
ويودع السجن وقالا هو كالزنا فيحد وهو احد قولي الشافعي وقال في قول
يقتلان بكل حال لقوله عليه السلام اقتلوا الفاعل والمفعول به ويروى
فارجموا الاعلى والاسفل ولهما انه في معنى الزنا لانه قضاء الشهوة في محل

مشتهى

مشتهى على سبيل الكمال على وجه تمحض حراما لقصد سفح الماء وله انه ليس
بزنا لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم في موجبه من الاحراق بالنار و
هدم الجدار والتنكيس من مكان مرتفع باتباع الاحجار وغير ذلك و
لا هو في معنى الزنا لانه ليس فيه اضاعة الولد واشتباه الانساب و
كذا هو اندر وقوعا لانعدام الداعي في احد الجانبين والداعي الى الزنا
من الجانبين وما رواه محمول على السياسة او على المستحل الا انه يعزر
عنده لما بينا ومن وطئ بهيمة فلا حد عليه لانه ليس في معنى الزنا في
كونه جناية وفي وجود الداعي لان الطبع السليم ينفر عنه والحامل عليه
نهاية السفه او فرط الشبق ولهذا لا يجب ستره الا انه يعزر لما بينا والذي
يروى انه تذبح البهيمة وتحرق فذلك لقطع التحدث به وليس بواجب
ومن زنى في دار الحرب او في دار البغي ثم خرج الينا لا يقام عليه الحد
وعند الشافعي رحمه الله يحد لانه التزم باسلامه احكامه اينما كان
مقامه ولنا قوله عليه السلام لا تقام الحدود في دار الحرب ولان المقصود
هو الانزجار وولاية الامام منقطعة فيهما فيعرى الوجوب عن الفائدة
ولا تقام بعد ما خرج لانها لم تنعقد موجبة فلا تنقلب موجبة ولو
غزا من له ولاية الاقامة بنفسه كالخليفة وامير المصر يقيم الحد على من زنى
في معسكره لانه تحت يده بخلاف امير العسكر والسرية لانه لم يفوض
اليهما الاقامة واذا دخل حربي دارنا بامان فزنى بذمية او زنى ذمي
بحربية يحد الذمي والذمية عند ابي حنيفة رحمه الله ولا يحد الحربي والحربية
وهو قول محمد في الذمي يعني اذا زنى بحربية فاما اذا زنى الحربي بذمية
لا يحدان عند محمد وهو قول ابي يوسف اولا وقال ابو يوسف رحمه الله
يحدون كلهم وهذا قوله الآخر لابي يوسف ان المستامن التزم احكامنا
مدة مقامه في دارنا في المعاملات كما ان الذمي التزمها مدة عمره ولهذا
يحد حد القذف ويقتل قصاصا بخلاف حد الشرب لانه يعتقد اباحته
ولهما انه ما دخل للقرار بل لحاجة كالتجارة ونحوها فلم يصر من اهل دارنا
ولهذا يمكن من الرجوع الى دار الحرب ولا يقتل المسلم ولا الذمي به فانما
يلتزم من الحكم ما يرجع الى تحصيل مقصوده وهو حقوق العباد لانه
لما طمع في الانصاف يلتزم الانتصاف والقصاص وحد القذف
من حقوقهم اما حد الزنا فحق الشرع ولمحمد رحمه الله وهو الفرق في الاصل

في باب الزنا فعل الرجل والمراة تابعة على ما نذكره ان شاء الله تعالى
فامتنع الحد في حق الاصل يوجب امتناعه في حق التبع لا يوجب الامتناع
في حق الاصل نظيره اذا زنى البالغ بصبية او مجنونة وتمكين البالغة من
الصبي والمجنون ولابي حنيفة رحمه الله فيه ان فعل المستامن زنا لانه مخاطب
بالحرمات على ما هو الصحيح وان لم يكن مخاطبا بالشرائع على اصلنا والتمكين
من فعل هو زنا موجب للحد عليها بخلاف الصبي والمجنون لانهما لا يخاطبان
ونظير هذا الاختلاف اذا زنى المكره بالمطاوعة تحد المطاوعة
عنده وعند محمد لا تحد واذا زنى الصبي او المجنون بامراة طاوعته
فلا حد عليه ولا عليها وقال زفر والشافعي يجب الحد عليها وهو رواية
عن ابي يوسف وان زنى صحيح بمجنونة او صغيرة يجامع مثلها حد الرجل
خاصة وهذا بالاجماع لهما ان العذر من جانبها لا يوجب سقوط الحد
من جانبه فكذا العذر من جانبه وهذا لان كلا منهما مواخذ بفعله ولنا
ان فعل الزنا يتحقق منه وانما هي محل الفعل ولهذا يسمى هو واطيا وزانيا
والمراة موطوءة ومزنيا بها الا انها سميت زانية مجازا تسمية للمفعول
باسم الفاعل كالراضية بمعنى المرضية او لكونها مسببة بالتمكين فتعلق
الحد في حقها بالتمكين من قبيح الزنا وهو فعل من هو مخاطب بالكف عنه
ومؤثم على مباشرته وفعل الصبي ليس بهذه الصفة فلا يناط به الحد ومن
اكرهه السلطان حتى زنا فلا حد عليه وكان ابو حنيفة اولا يقول عليه
الحد وهو قول زفر لان انتشار الالة اية الطواعية ثم رجع فقال لا حد
عليه لان الانتشار قد يكون طبعا لا طوعا كما في النائم فاورث شبهة
وان اكرهه غير السلطان حد عند ابي حنيفة وقالا لا يحد لان الاكراه
عندهما قد يتحقق من غير السلطان لان المؤثر خوف الهلاك وانه يتحقق من
غيره وله ان الاكراه من غيره لا يدوم الا نادرا لتمكنه من الاستعانة بالسلطان
او بجماعة المسلمين ويمكنه دفعه بنفسه بالسلاح والنادر لا حكم له فلا
يسقط به الحد بخلاف السلطان لانه لا يمكنه الاستعانة بغيره ولا الخروج
بالسلاح عليه ومن اقر اربع مرات في مجالس مختلفة انه زنى بفلانة و
قالت هي تزوجني او اقرت بالزنا وقال الرجل تزوجتها فلا حد عليه وعليه
المهر في ذلك لان دعوى النكاح يحتمل الصدق وهو يقوم بالطرفين
فاورث شبهة فاذا سقط الحد وجب المهر تعظيما لخطر البضع

ومن زنى بجارية فقتلها فانه يحد وعليه القيمة معناه قتلها بفعل الزنا
لانه جنى جنايتين فيوفر على كل واحد منهما حكمه وعن ابي يوسف انه لا يحد
لان تقرر ضمان القيمة سبب لملك الامة وصار كما اذا اشتراها بعدما زنى
بها وهو على هذا الخلاف واعتراض سبب الملك قبل اقامة الحد يوجب
سقوطه كما اذا ملك المسروق قبل القطع ولهما انه ضمان قتل فلا يوجب
الملك لانه ضمان دم ولو كان يوجبه فانما يوجبه في العين كما في هبة المسروق
لا في منافع البضع لانها استوفيت والملك يثبت مستندا فلا يظهر في المستوفى
لكونها معدومة وهذا بخلاف ما اذا زنى بها فاذهب عينها حيث يجب عليه
قيمتها ويسقط الحد لان الملك هناك يثبت في الجثة العمياء وهي عين فاورث
شبهة قال وكل شيء صنعه الامام الذي ليس فوقه امام فلا حد عليه
الا القصاص فانه يوخذ به وبالاموال لان الحدود حق الله تعالى واقامتها
اليه لا الى غيره ولا يمكنه ان يقيمه على نفسه لانه لا يفيد بخلاف حقوق
العباد لانه يستوفيه ولي الحق اما بتمكينه او بالاستعانة بمنعة المسلمين
والقصاص والاموال منها واما حد القذف قالوا المغلب فيه حق الشرع
فحكمه حكم سائر الحدود التي هي حق الله والله اعلم **باب الشهادة
على الزنا والرجوع عنها** واذا شهد الشهود بحد متقادم
لم يمنعهم عن اقامته بعدهم عن الامام لم تقبل شهادتهم الا في حد القذف
خاصة وفي الجامع الصغير واذا شهد عليه الشهود بسرقة او بشرب خمر
او بزنا بعد حين لم يوخذ به وضمن السرقة والاصل ان الحدود الخالصة
حقا لله تعالى يبطل بالتقادم خلافا للشافعي هو يعتبرها بحقوق العباد
وبالاقرار الذي هو احدى الحجتين ولنا ان الشاهد مخير بين حسبتين اداء
الشهادة والستر فالتاخير ان كان لاختيار الستر فالاقدام على الاداء بعد
ذلك لضغينة هيجته او لعداوة حركته فيتهم فيها وان كان التاخير لا للستر
يصير فاسقا آثما فتيقنا بالمانع بخلاف الاقرار لان الانسان لا يعادي نفسه
فحد الزنا وشرب الخمر والسرقة خالص حق الله تعالى حتى يصح الرجوع عنها
بعد الاقرار فيكون التقادم فيه مانعا وحد القذف فيه حق العبد لما
فيه من دفع العار عنه ولهذا لا يصح رجوعه بعد الاقرار والتقادم غير
مانع في حقوق العباد ولان الدعوى فيه شرط للحد لانه خالص حقهم فيحمل تاخيرهم
على انعدام الدعوى فلا يوجب تفسيقهم بخلاف حد السرقة لان الدعوى

ليس بشرط للحد فلا يعتبر وجود التهمة في كل فرد ولان السرقة فلانه خالص
حق الله تعالى على ما مر وانما شرط المال لان الحكم يدار على كون الحد حقا
لله تعالى فلا يعتبر وجود التهمة في كل فرد ولان السرقة تقام على الا
ستسرار على غرة من المالك فيجب على الشاهد اعلامه فبالكتمان يصير
فاسقا آثما ثم التقادم كما يمنع قبول الشهادة في الابتداء يمنع الاقا
مة بعد القضاء عندنا خلافا لزفر حتى لو هرب بعدما ضرب بعض الحد
ثم اخذ بعدما تقادم الزمان لا يقام عليه لان الامضاء من القضاء
في باب الحدود واختلفوا في حد التقادم واشار في الجامع الصغير
الى ستة اشهر فانه قال بعد حين وهكذا اشار الطحاوي رحمه الله
وابو حنيفة لم يقدر في ذلك وفوضه الى راي القاضي في كل عصر وعن محمد
انه قدره بشهر لان ما دونه عاجل وهو رواية عن ابي حنيفة وعن ابي
يوسف ايضا وهو الاصح وهذا اذا لم يكن بين القاضي وبينهم
مسيرة شهر اما اذا كان تقبل شهادتهم لان المانع بعدهم عن الامام فلا
يتحقق التهمة والتقادم في حد الشرب كذلك عند محمد وعندهما يقدر
بزوال الرائحة على ما ياتي في بابه ان شاء الله واذا شهدوا على رجل انه زنى
بفلانة وفلانة غائبة فانه يحد وان شهدوا انه سرق من فلان وهو
غائب لم يقطع والفرق ان بالغيبة ينعدم الدعوى وهي شرط في
السرقة دون الزنا وبالحضور يتوهم دعوى الشبهة ولا معتبر بالموهوم
وان شهدوا انه زنى بامراة لا يعرفونها لم يحد لاحتمال انها امراته او امته
بل هو الظاهر وان اقر بذلك حد لانه لا يخفى عليه امته او امراته وان
شهد اثنان انه زنى بفلانة واستكرهها وآخران انها طاوعته درئ
الحد عنهما جميعا عند ابي حنيفة وهو قول زفر وقالا يحد الرجل خاصة
لاتفاقهما على الموجب وتفرد احدهما بزيادة جناية وهو الاكراه بخلاف
جانبها لان طواعيتها شرط تحقق الموجب في حقها ولم يثبت لاختلافهما
وله انه اختلف المشهود عليه لان الزنا فعل واحد يقوم بهما ولان شاهدي
الطواعية صارا قاذفين لها وانما يسقط الحد عنهما بشهادة شاهدي
الاكراه لان زناها مكرهة يسقط احصانها فصارا خصمين في ذلك وان
شهد اثنان انه زنى بامراة بالكوفة وآخران انه زنى بها بالبصرة درئ
الحد عنهما جميعا لان المشهود به فعل الزنا وقد اختلف باختلاف المكان

ولم

ولم يتم على كل واحد منهما نصاب الشهادة ولا يحد الشهود خلافا لزفر لشبهة
الاتحاد نظرا الى اتحاد الصورة والمراة وان اختلفوا في بيت واحد
حد الرجل والمراة معناه ان يشهد كل اثنين على الزنا في زاوية وهذا
استحسان والقياس ان لا يجب لاختلاف المكان حقيقة وجه الاستحسان
ان التوفيق ممكن بان يكون ابتداء الفعل في زاوية والانتهاء في زاوية
اخرى بالاضطراب ولان الواقع في وسط البيت فيحسبه من في المقدم
ومن في المؤخر في المؤخر فيشهد بحسب ما عنده وان شهد اربعة انه زنى
بامراة بالنخيلة عند طلوع الشمس واربعة انه زنى بها عند طلوع الشمس بدير
هند درئ الحد عنهم جميعا اما عنهما فلانا تيقنا بكذب احد الفريقين
غير عين واما عن الشهود فلاحتمال صدق كل فريق وان شهد اربعة
على امراة بالزنا وهي بكر درئ الحد عنهما وعنهم لان الزنا لا يتحقق مع
البكارة ومعنى المسألة ان النساء نظرن اليها فقلن انها بكر وشها
دتهن حجة في اسقاط الحد وليست بحجة في ايجابه فلهذا سقط الحد
عنهما ولا يجب عليهم وان شهد اربعة على رجل بالزنا وهم عميان
او محدودون في قذف او احدهم عبد او محدود في قذف فانهم
يحدون ولا يحد المشهود عليه لانه لا يثبت بشهادتهم المال فكيف
الحد وهم ليسوا من اهل اداء الشهادة والعبد ليس باهل التحمل
والاداء فلم تثبت شبهة الزنا لان الزنا يثبت بالاداء وان شهدوا
وهم فساق او ظهر انهم فساق لم يحدوا لان الفاسق من اهل الاداء
والتحمل وان كان في ادائه نوع قصور لتهمة الفسق ولهذا لو قضى القاضي
بشهادته ينفذ عندنا فيثبت بشهادتهم شبهة الزنا وباعتبار قصور
في الاداء لتهمة الفسق تثبت شبهة عدم الزنا فلهذا امتنع الحدان
وسياتي فيه خلاف الشافعي رحمه الله بناء على اصله ان الفاسق ليس
من اهل الشهادة فهو كالعبد عنده وان نقص عدد الشهود عن اربعة
حدوا لانهم قذفة اذ لا حسبة عند نقصان العدد وخروج الشهادة
عن القذف باعتبارها وان شهد اربعة على رجل بالزنا فضرب بشهادتهم
ثم وجد احدهم عبدا او محدودا في قذف فانهم يحدون لانهم قذفة
اذ الشهود ثلاثة وليس عليهم ولا على بيت المال ارش الضرب وان
رجم فديته على بيت المال وهذا عند ابي حنيفة وقالا ارش الضرب

ايضا على بيت المال قال رضي الله عنه معناه اذا كان مجروحا وعلى هذا
الخلاف اذا مات من الضرب وعلى هذا اذا رجع الشهود لا يضمنون
عنده وعندهما يضمنون لهما ان الواجب بشهادتهم مطلق الضرب
اذ الاحتراز عن الجرح خارج عن الوسع فينتظم الجارح وغيره فيضاف
الى شهادتهم فيضمنون بالرجوع وعند عدم الرجوع يجب على بيت المال
لانه ينتقل فعل الجلاد الى القاضي وهو عامل للمسلمين فتجب الغرامة
في مالهم وصار كالرجم والقصاص ولابي حنيفة ان الواجب هو الحد وهو
ضرب مؤلم غير جارح ولا مهلك ولا يقع جارحا ظاهرا الا لمعنى في الضارب
وهو قلة هدايته فاقتصر عليه الا انه لا يجب الضمان عليه في الصحيح
كيلا يمتنع الناس عن الاقامة مخافة الغرامة وان شهد اربعة على شهادة
اربعة على رجل بالزنا لم يحد لما فيها من زيادة الشبهة ولا ضرورة
الى تحملها فان جاء الاولون فشهدوا على المعاينة في ذلك المكان لم يحد
ايضا معناه شهدوا على ذلك الزنا بعينه لان شهادتهم قد ردت من
وجه برد شهادة الفروع في عين هذه الحادثة اذ هم قائمون مقامهم
بالامر والتحميل ولا يحد الشهود لان عددهم متكامل وامتناع الحد على عن
المشهود عليه لنوع شبهة وهي كافية لدرء الحد لا لايجابه واذا شهد
اربعة على رجل بالزنا فرجم فكلما رجع واحد حد الراجع وحده وغرم ربع
الدية اما الغرامة فلانه بقي من يبقى بشهادته ثلاثة ارباع الحق فيكون
التالف بشهادة الراجع ربع الحق وقال الشافعي رحمه الله يجب
القتل دون المال بناء على اصله في شهود القصاص وسنبينه في الد
يات ان شاء الله واما الحد فمذهب الثلاثة وقال زفر رحمه الله
لا يحد لانه ان كان قاذف حي فقد بطلت بالموت وان كان قاذف
ميت فهو مرجوم بحكم القاضي فيورث ذلك شبهة ولنا ان الشها
دة انما تنقلب قذفا بالرجوع لان به تنفسخ الشهادة فيجعل للحال قذفا
للميت وقد انفسخت الحجة فينفسخ ما ينبني عليه وهو القضاء في حقه وان لم
يحد المشهود عليه حتى رجع واحد منهم حدوا جميعا وسقط الحد عن المشهود
عليه وقال محمد حد الراجع خاصة لان الشهادة تاكدت بالقضاء فلا
تنفسخ الا في حق الراجع كما اذا رجع بعد الامضاء ولهما ان الامضاء من القضاء
فصار كما اذا رجع واحد قبل القضاء ولهذا يسقط الحد عن المشهود عليه

ولو رجع

ولو رجع واحد منهم قبل القضاء حدوا جميعا وقال زفر يحد الراجع خاصة
لانه لا يصدق على غيره ولنا ان كلامهم قذف في الاصل وانما يصير شهادة
باتصال القضاء به فاذا لم يتصل بقي قذفا فيحدون فان كانوا خمسة
فرجع احدهم لا شيء عليهم لانه بقي من يبقى بشهادته ثلاثة ارباع الحق والمعتبر
بقاء من بقي على ما عرف وان شهد اربعة على رجل بالزنا فزكوا فرجم فاذا
الشهود مجوس او عبيد فالدية على المزكين عند ابي حنيفة رحمه الله معناه
اذا رجعوا عن التزكية وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله هو على
بيت المال وقيل هذا اذا قالوا تعمدنا التزكية مع علمنا بحالهم لهما
انهم اثنوا على الشهود خيرا فصار كما اذا اثنوا على المشهود عليه خيرا
بان شهدوا على احصانه وله ان الشهادة انما تصير حجة وعاملة بالتزكية
فكانت التزكية في معنى علة العلة فيضاف الحكم اليها بخلاف
شهود الاحصان لانه محض الشرط ولا فرق بينهما اذا شهدوا بلفظة الشهادة
او اخبروا وهذا اذا اخبروا بالحرية والاسلام اما اذا قالوا هم عدول
وظهروا عبيدا لا يضمنون لان العبد قد يكون عدلا ولا ضمان على
الشهود لانه لم يقع كلامهم شهادة ولا يحدون حد القذف لانهم قذفوا
حيا وقد مات فلا يورث عنه واذا شهدوا اربعة على رجل بالزنا فامر
القاضي برجمه فضرب رجل عنقه ثم وجد الشهود عبيدا فعلى القاتل
الدية وفي القياس يجب القصاص لانه قتل نفسا معصومة بغير حق و
جه الاستحسان ان القضاء صحيح ظاهرا عند القتل فاورث شبهة
بخلاف ما اذا قتله قبل القضاء لان الشهادة لم تصر حجة بعد ولانه ظنه
مباح الدم معتمدا على دليل مبيح فصار كما اذا ظنه حربيا وعليه علامتهم
وتجب الدية في ماله لانه عمد والعواقل لا تعقل العمد وتجب في ثلاث
سنين لانه وجب بنفس القتل وان رجم ثم وجدوا عبيدا فالدية على
بيت المال لانه امتثل امر الامام فنقل فعله اليه ولو باشره بنفسه
تجب الدية في بيت المال لما ذكرنا كذا هذا بخلاف ما اذا ضرب عنقه
لانه لم يأتمر امره واذا شهدوا على رجل بالزنا وقالوا تعمدنا النظر قبلت
شهادتهم لانه يباح النظر لهم ضرورة تحمل الشهادة فاشبه الطبيب والقا
بلة واذا شهدوا اربعة على رجل بالزنا فانكر الاحصان وله امرأة قد ولدت
منه فانه يرجم معناه ان ينكر الدخول بعد وجود سائر الشرائط لان الحكم

بثبات النسب منه حكم بالدخول عليه ولهذا لو طلقها يعقب الرجعة ولا
حصان يثبت بمثله فان لم تكن ولدت منه وشهد عليه بالاحصان رجل
وامرأتان رجم خلافا لزفر والشافعي فالشافعي مر على اصله ان شهادتهن
غير مقبولة في غير الاموال وزفر رحمه الله يقول انه شرط في معنى العلة لان
الجناية تتغلظ عنده فيضاف الحكم اليه فاشبه حقيقة العلة فلا تقبل
شهادة النساء فيه وصار كما اذا شهد ذميان على ذمي زنى عبده المسلم
انه اعتقه قبل الزنا لا يقبل لما ذكرنا ولنا ان الاحصان عبارة عن
الخصال الحميدة وانها مانعة عن الزنا على ما ذكرنا فلا يكون في معنى العلة و
صار كما اذا شهدوا به في غير هذه الحالة بخلاف ما اذا ذكر لان العتق يثبت
بشهادتهما وانما لا يثبت سبق التاريخ لانه ينكره المسلم او يتضرر به المسلم
فان رجع شهود الاحصان لا يضمنون عندنا خلافا لزفر وهو فرع
ما تقدم **باب حد الشرب** ومن شرب الخمر
فاخذ وريحها موجودة لان جناية الشرب قد ظهرت ولم يتقادم العهد
والاصل فيه قوله عليه السلام من شرب الخمر فاجلدوه فان عاد فاجلدوه وان
اقر بعد ذهاب رائحتها لم يحد عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد
يحد فالتقادم يمنع قبول الشهادة بالاتفاق غير انه مقدر بالزمان
عنده اعتبارا بحد الزنا وهذا لان التاخير يتحقق بمضي الزمان والرائحة
قد تكون من غيره كما قيل شعر يقولون لي انكه شربت مدامة فقلت لهم لا بل
اكلت السفرجلا وعندهما يقدر بزوال الرائحة لقول ابن مسعود رضي الله
عنه فان وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه ولان قيام الاثر من اقوى دلالة
على القرب وانما يصار الى التقدير بالزمان عند تعذر اعتباره والتمييز
بين الروائح ممكن للمستدل وانما يشتبه على الجهال واما الاقرار فالتقادم
لا يبطله عند محمد كما في حد الزنا على ما مر تقريره وعندهما لا يقام الحد
الا عند قيام الرائحة لان حد الشرب ثبت باجماع الصحابة ولا اجماع الا براي
ابن مسعود وقد شرط قيام الرائحة على ما روينا فان اخذه الشهود وريحها
يوجد منه او سكران فذهبوا به من مصر الى مصر فيه الامام فانقطع ذلك
قبل ان ينتهوا به حد في قولهم جميعا لان هذا عذر كبعد المسافة في حد الزنا
والشاهد لا يتهم في مثله ومن سكر من النبيذ حد لما روي ان عمر رضي الله عنه
اقام الحد على اعرابي سكر من النبيذ وسنبين الكلام في حد السكر ومقدار حده

المستحق عليه ان شاء الله تعالى ولا حد على من وجد منه رائحة الخمر او تقيأها لان
الرائحة محتملة وكذا الشرب قد يقع عن اكراه واضطرار ولا يحد السكران
حتى يعلم انه سكر من النبيذ وشربه طوعا لان السكر من المباح لا يوجب
الحد كالبنج ولبن الرماك وكذا شرب المكره لا يوجب الحد ولا يحد حتى
يزول عنه السكر تحصيلا لمقصود الانزجار وحد الخمر والسكر ثمانون
سوطا في الحر لاجماع الصحابة رضي الله عنهم يفرق على بدنه كما في حد الزنا
على ما مر ثم يجرد في المشهور من الرواية وعن محمد رحمه الله انه لا يجرد اظهارا
للتخفيف لانه لم يرد به نص ووجه المشهور انا اظهرنا التخفيف مرة فلا
يعتبر ثانيا وان كان عبدا فحده اربعون لان الرق منصف على ما عرف ومن
اقر بشرب الخمر والسكر ثم رجع لم يحد لانه خالص حق الله تعالى ويثبت
الشرب بشهادة الشاهدين ويثبت بالاقرار مرة واحدة وعن ابي
يوسف انه يشترط الاقرار مرتين وهو نظير الاختلاف في السرقة وسنبينها
هناك ان شاء الله تعالى ولا يقبل فيه شهادة النساء مع الرجال لان فيها
شبهة البدلية وتهمة الضلال والنسيان والسكران الذي يحد هو
الذي لا يعقل منطقا قليلا ولا كثيرا ولا يعقل الرجل من المرأة قال
رضي الله عنه وهذا عند ابي حنيفة وقالا هو الذي يهذي ويختلط كلامه
لانه هو السكران في العرف واليه مال اكثر المشايخ وله انه يؤخذ في اسباب
الحدود باقصاها درءا للحد ونهاية السكر ان يغلب السرور على العقل
فيسلبه التمييز بين شيء وشيء وما دون ذلك لا يعرى عن شبهة الصحو
والمعتبر في القدح المسكر في حق الحرمة ما قالاه بالاجماع اخذا بالاحتياط
والشافعي يعتبر ظهور اثره في مشيته وحركاته واطرافه وهذا مما يتفاوت
فلا معنى لاعتباره ولا يحد السكران باقراره على نفسه لزيادة احتمال
الكذب في اقراره فيحتال للدرء لانه خالص حق الله تعالى بخلاف حد
القذف لان فيه حق العبد والسكران فيه كالصاحي عقوبة عليه
كما في سائر تصرفاته ولو ارتد السكران لا تبين منه امرأته لان الكفر
من باب الاعتقاد فلا يتحقق مع السكر **باب حد القذف**
قال واذا قذف الرجل رجلا محصنا او امرأة محصنة بصريح الزنا وطالب
المقذوف بالحد حده الحاكم ثمانين سوطا ان كان حرا لقوله تعالى والذين
يرمون المحصنات الى ان قال فاجلدوهم ثمانين جلدة الاية والمراد

بل الرمي بالزنا بالاجماع وفي النص اشارة اليه وهو اشتراط اربعة من الشهداء
اذ هو مختص بالزنا ويشترط مطالبة المقذوف لان فيه حقه من حيث دفع
العار واحصان المقذوف لما تلونا قال ويفرق الضرب على اعضائه لما
في حد الزنا ولا يجرد من ثيابه لان سببه غير مقطوع به فلا يقام على الشدة
بخلاف حد الزنا غير انه ينزع عنه الفرو والحشو لان ذلك يمنع ايصال الالم
به وان كان القاذف عبدا جلد اربعين سوطا لمكان الرق والاحصان
ان يكون المقذوف حرا عاقلا بالغا مسلما عفيفا عن فعل الزنا اما
الحرية فلانه يطلق عليه اسم الاحصان قال تعالى فعليهن نصف
ما على المحصنات من العذاب اي الحرائر والبلوغ والعقل لان العار
لا يلحق الصبي والمجنون لعدم تحقق فعل الزنا منهما والاسلام لقوله
عليه السلام من اشرك بالله فليس بمحصن والعفة لان غير العفيف لا يلحقه
العار وكذا القاذف صادق فيه ومن نفى نسب غيره وقال لست لابيك
فانه يحد وهذا اذا كانت امه حرة مسلمة لانه في الحقيقة قذف لامه
لان النسب انما ينفى عن الزاني لا عن غيره ومن قال لغيره في غضب
لست بابن فلان لابيه الذي يدعى له يحد ولو قال في غير غضب لا يحد
لان عند الغضب يراد به حقيقة سبا وفي غيره يراد به المعاتبة
بنفي مشابهته اباه في اسباب المروة ولو قال لست بابن فلان يعني
جده لم يحد لانه صادق في كلامه ولو نسبه الى جده لا يحد ايضا لانه
قد ينسب اليه مجازا ولو قال له يا ابن الزانية وامه ميتة محصنة فطالب
الابن بحده حد القاذف لانه قذف محصنة بعد موتها ولا يطالب بحد
القذف للميت الا من يقع القدح في نسبه بقذفه وهو الوالد والولد
لان العار يلتحق به لمكان الجزئية فيكون القذف متناولا له معنى
وعند الشافعي يثبت حق المطالبة لكل وارث لان حد القذف يورث
عنده على ما نبين وعندنا ولاية المطالبة ليس بطريق الارث بل لما
ذكرناه ولهذا يثبت عندنا للمحروم عن الميراث بالقتل ويثبت لولد
البنت كما يثبت لولد الابن خلافا لمحمد رحمه الله ويثبت لولد الولد حال
قيام الولد خلافا لزفر رحمه الله واذا كان المقذوف محصنا جاز
لابنه الكافر والعبد ان يطالب بالحد خلافا لزفر هو يقول القذف
تناوله معنى لرجوع العار اليه وليس طريقه الارث عندنا فصار كما

اذا كان ميتا ولا له صورة ومعنى ولنا انه عيره بقذف محصن فيأخذه
بالحد وهذا لان الاحصان في الذي ينسب الى الزنا شرط ليقع تعييرا
على الكمال ثم يرجع هذا التعيير الكامل الى ولده والكفر لا ينافي اهلية
الاستحقاق بخلاف ما اذا تناول القذف نفسه لانه لم يوجد التعيير
على الكمال لفقد الاحصان في المنسوب الى الزنا وليس للعبد
ان يطالب مولاه بقذف امه الحرة ولا للابن ان يطالب اباه
بقذف امه الحرة المسلمة لان المولى لا يعاقب بسبب عبده وكذا الاب
بسبب ابنه ولهذا لا يقاد الوالد بولده ولا السيد بعبده ولو كان لها ابن
من غيره له ان يطالب لتحقق السبب وانعدام المانع ومن قذف غيره فمات
المقذوف بطل الحد وقال الشافعي لا يبطل ولو مات بعدما
اقيم بعض الحد بطل الباقي عندنا خلافا له بناء على انه يورث عنده
وعندنا لا يورث ولا خلاف ان فيه حق الشرع وحق العبد فانه شرع
لدفع العار عن المقذوف وهو الذي ينتفع به على الخصوص فمن هذا
الوجه حق العبد ثم انه شرع زاجرا ومنه سمي حدا والمقصد من شرع الزواجر
اخلاء العالم عن الفساد وهذا اية حق الشرع وبكل ذلك يشهد الاحكام
واذا تعارضت الجهتان فالشافعي مال الى تغليب حق العبد تقديما
لحق العبد باعتبار حاجته وغنى الشرع ونحن صرنا الى تغليب حق الشرع لان
ما للعبد من الحق يتولاه مولاه فيصير حق العبد مرعيا به ولا كذلك عكسه
لانه لا ولاية للعبد في استيفاء حقوق الشرع الا نيابة فمنها الارث
اذ الارث يجري في حقوق العباد لا في حقوق الشرع ومنها العفو فانه
لا يصح عفو المقذوف عندنا ويصح عنده ومنها انه لا يجوز الاعتياض
عنه ويجري فيه التداخل وعنده لا يجري وعن ابي يوسف رحمه الله
في العفو مثل قول الشافعي ومن اصحابنا رحمهم الله من قال الغالب حق
العبد وخرج الاحكام والاول اظهر قال ومن اقر بالقذف ثم رجع
لم يقبل رجوعه لان للمقذوف فيه حقا فيكذبه في الرجوع بخلاف ما
هو خالص حق الله تعالى لانه لا مكذب له فيه ومن قال للعربي يا نبطي
لم يحد لانه يراد به التشبيه في الاخلاق او عدم الفصاحة وكذا اذا قال
لست بعربي لما قلنا ومن قال لرجل يا ابن ماء السماء فليس بقاذف
لانه يراد به التشبيه في الجود والسماحة والصفاء لان ماء السماء لقب به لصفائه

ويحاء وان نسبه الى عمه او الى خاله او الى زوج امه فليس بقاذف
لان كل واحد من هؤلاء يسمى ابا الاول لقوله تعالى واله اباءك ابرهيم
واسمعيل واسحق واسمعيل كان عماله والثاني لقوله عليه السلام الخال
اب والثالث للتربية ومن قال لغيره زنات في الجبل وقال عنيت
صعود الجبل حد وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال
محمد لا يحد لان المهموز منه للصعود حقيقة قالت امراة من العرب وارق
الى الخيرات زنا في الجبل وذكر الجبل يقرره مرادا ولهما انه يستعمل في
الفاحشة مهموزا ايضا لان من العرب من يهمز الملين كما يلين المهموز و
حالة الغضب والسباب تعين الفاحشة مرادا بمنزلة ما اذا قال يا زاني
او قال زنات وذكر الجبل انما يعين الصعود مرادا اذا كان مقرونا
بكلمة على اذ هو المستعمل فيه ولو قال زنات على الجبل قيل لا يحد لما
قلنا وقيل يحد للمعنى الذي ذكرناه ومن قال لاخر يا زاني فقال لا
بل انت فانهما يحدان لان معناه لا بل انت زان اذ هي كلمة عطف يستدرك
بها الغلط فيصير الخبر المذكور في الاول مذكورا في الثاني ومن قال
لامراته يا زانية فقالت لا بل انت حدت المراة ولا لعان لانهما قاذفان و
قذفه يوجب اللعان وقذفها يوجب الحد وفي البداية بالحد ابطال
اللعان لان المحدود في القذف ليس باهل له ولا ابطال في عكسه اصلا
فيحتال للدرء اذ اللعان في معنى الحد ولو قالت زنيت بك فلا حد
ولا لعان معناه قالت بعد ما قال لها يا زانية لوقوع الشك في كل
واحد منهما لانه يحتمل انها ارادت الزنا قبل النكاح فيجب الحد دون
اللعان لتصديقها اياه وانعدامه منه ويحتمل انها ارادت زناي
ما كان معك بعد النكاح لاني ما مكنت احدا غيرك وهو المراد في مثل
هذه الحالة وعلى هذا الاعتبار يجب اللعان دون الحد لوجود القذف
منه وعدمه منها فجاء ما قلنا ومن اقر بولد ثم نفاه فانه يلاعن لان النسب
لزمه باقراره وبالنفي صار قاذفا فيلاعن وان نفاه ثم اقر به حد لانه
لما اكذب نفسه بطل اللعان لانه حد ضروري صير اليه ضرورة التكاذب
والاصل فيه حد القذف فاذا بطل التكاذب يصار الى الاصل والولد
ولده في الوجهين لاقراره به سابقا او لاحقا واللعان يصح بدون قطع
النسب كما يصح بدون الولد فان قال ليس بابني ولا بابنك فلا حد ولا لعان

لانه انكر الولادة وبه لا يصير قاذفا ومن قذف امراة معها اولاد لا
يعرف لهم اب او قذف الملاعنة بولد والولد حي او قذفها بعد موت
الولد فلا حد عليه لقيام امارة الزنا منها وهو ولادة ولد لا اب له
ففاتت العفة نظرا اليها وهي شرط ولو قذف امراة لاعنت بغير ولد
فعليه الحد لانعدام امارة الزنا هو الوطء ومن وطئ وطئا حراما في غير
ملكه لم يحد قاذفه لفوات العفة وهو شرط الاحصان ولان القاذف
صادق والاصل فيه ان من وطئ وطئا حراما لعينه لا يجب الحد بقذفه
لان الزنا هو الوطء المحرم لعينه وان كان محرما لغيره يحد لانه ليس بزنا
فالوطء في غير الملك من كل وجه او من وجه حرام لعينه وكذا الوطء في
الملك والحرمة مؤبدة فان كانت الحرمة مؤقتة فالحرمة لغيره وابو
حنيفة يشترط ان تكون الحرمة المؤبدة ثابتة بالاجماع او بالحديث
المشهور لتكون ثابتة من غير تردد بيانه اذا قذف رجلا وطئ جارية
بينه وبين اخر فلا حد عليه لانعدام الملك من وجه وكذا اذا قذف امراة
زنت في نصرانيتها لتحقق الزنا منها شرعا لانعدام الملك ولهذا وجب
عليها الحد ولو قذف رجلا اتى امته وهي مجوسية او امراته وهي حائض
او مكاتبة له فعليه الحد لان الحرمة مع قيام الملك وهي مؤقتة فكانت
الحرمة لغيره فلم يكن زنا وعن ابي يوسف رحمه الله ان وطء المكاتبة يسقط
الاحصان وهو قول زفر رحمه الله لان الملك زائل في حق الوطء ولهذا
يلزمه العقر بالوطء ونحن نقول ملك الذات باق والحرمة لغيره اذ هي
مؤقتة ولو قذف رجلا وطئ امته وهي اخته من الرضاعة لا يحد لان الحرمة
مؤبدة وهذا هو الصحيح ولو قذف مكاتبا مات وترك وفاء فلا حد عليه
لتمكن الشبهة في الحرية لمكان اختلاف الصحابة رضي الله عنهم ولو قذف
مجوسيا تزوج بامه ثم اسلم يحد عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا حد عليه
وهذا بناء على ان تزوج المجوسي بالمحارم له حكم الصحة فيما بينهم عنده
خلافا لهما وقد مر في النكاح واذا دخل الحربي دارنا بامان فقذف مسلما
حد لان فيه حق العبد وقد التزم ايفاء حقوق العباد ولانه طمع في ان لا يؤذى
فيكون ملتزما ان لا يؤذي وموجب اذاه واذا حد المسلم في قذف سقطت
شهادته وان تاب وقال الشافعي تقبل اذا تاب وهو يعرف في الشهادات
واذا حد الكافر في قذف لم تجز شهادته على اهل الذمة لان له شهادة على

جنسه فترد تتمة لحده فان اسلم قبلت شهادته عليهم وعلى المسلمين لان
هذه شهادة استفادها بعد الاسلام فلم يدخل تحت الرد بخلاف العبد
اذا حد حد القذف ثم اعتق حيث لا يقبل شهادته لانه لا شهادة له اصلا
في حال الرق فكان رد شهادته بعد العتق من تمام حده وان ضرب سوطا
في قذف ثم اسلم ثم ضرب ما بقي جازت شهادته لان رد الشهادة متمم
للحد فيكون صفة له والمقام بعد الاسلام بعضه فلا يكون رد الشها
دة صفة له وعن ابي يوسف رحمه الله انه ترد شهادته والاقل تابع
للاكثر والاول اصح قال ومن شرب او زنى او قذف غير مرة فحد
فهو لذلك كله اما الاول فلان المقصد من اقامة الحد حقا لله تعالى
الانزجار واحتمال حصوله بالاول قايم فيتمكن شبهة فوات المقصود
في الثاني وهذا بخلاف ما اذا زنى وقذف وشرب وسرق لان المقصود
من كل جنس غير المقصود من الاخر فلا يتداخل واما القذف فالمغلب فيه
عندنا حق الله تعالى فيكون ملحقا بهما وقال الشافعي رحمه الله
ان اختلف المقذوف او المقذوف به وهو الزنا لا يتداخل لان المغلب
فيه حق العبد عنده **فصل في التعزير** ومن قذف عبدا او امة
او ام ولد او كافرا بالزنا عزر لانه جناية قذف وقد امتنع وجوب الحد
لفقد الاحصان فوجب التعزير وكذا اذا قذف مسلما بغير الزنا فقال
يا فاسق او يا كافر او يا خبيث او يا سارق لانه اذاه والحق الشين به ولا
مدخل للقياس في الحدود فوجب التعزير الا انه يبلغ بالتعزير غايته
في الجناية الاولى لانه من جنس ما يجب به الحد وفي الثانية الراي الى الامام
ولو قال يا حمار او يا خنزير لم يعزر لانه ما الحق الشين به لتيقن بنفيه
وقيل في عرفنا يعزر لانه يعد سبا وقيل ان كان المسبوب من الاشراف
كالفقهاء والعلوية يعزر لانه يلحقهم الوحشة بذلك وان كان من العامة
لا يعزر وهذا احسن والتعزير اكثره تسعة وثلاثون واقله ثلاث جلدات
وقال ابو يوسف يبلغ التعزير خمسة وسبعين سوطا والاصل فيه
قوله عليه السلام من بلغ حدا في غير حد فهو من المعتدين واذا تعذر تبليغه
حدا فابو حنيفة ومحمد رحمهما الله نظرا الى ادنى الحد وهو حد العبد في القذف
فصرفاه اليه وذلك اربعون فنقصا منه سوطا وابو يوسف رحمه الله
اعتبر اقل الحد في الاحرار اذ الاصل هو الحرية ثم نقص سوطا في رواية عنه

وهو

وهو قول زفر رحمه الله وهو القياس وفي هذه الرواية نقص خمسة وهو
ماثور عن علي رضي الله عنه فقلده ثم قدر الادنى في الكتاب بثلاث
جلدات لان ما دونها لا يقع به الزجر وذكر مشايخنا رحمهم الله ان ادناه
على ما يراه الامام يقدره بقدر ما يعلم انه ينزجر لانه يختلف باختلاف
الناس وعن ابي يوسف رحمه الله انه على قدر عظم الجرم وصغره
وعنه انه يقرب كل نوع من بابه فيقرب المس والقبلة من حد الزنا و
القذف بغير الزنا من حد القذف قال وان راى الامام ان يضم الى
الضرب في التعزير الحبس فعل لانه صلح تعزيرا وقد ورد الشرع به في الجملة
حتى من التعزير قال اشد الضرب التعزير لانه جرى التخفيف فيه من حيث
العدد فلا يخفف من حيث الوصف كيلا يودي الى فوات المقصود
ولهذا لم يخفف من حيث التفريق على الاعضاء قال ثم حد الزنا لانه
ثابت بالكتاب وحد الشرب ثبت بقول الصحابة رضي الله عنهم ولانه
اعظم جناية حتى شرع فيه الرجم ثم حد الشرب لان سببه متيقن
به ثم حد القذف لان سببه محتمل لاحتمال كونه صادقا ولانه جرى
فيه التغليظ من حيث رد الشهادة فلا يغلظ من حيث الوصف ومن
حده الامام او عزره فمات فدمه هدر لانه فعل ما فعل بامر الشرع وفعل
المامور لا يتقيد بشرط السلامة كالفصاد والبزاغ بخلاف الزوج اذا
عزر زوجته لانه مطلق فيه والاطلاق يتقيد بشرط السلامة كالمرور
في الطريق وقال الشافعي رحمه الله تجب الدية في بيت المال لان
الاتلاف خطا فيه اذ التعزير للتاديب غير انه تجب الدية في بيت المال
لان نفع عمله يرجع الى عامة المسلمين فيكون الغرم في مالهم قلنا لما
استوفى حق الله تعالى بامره صار كان الله اماته من غير واسطة فلا يجب
الضمان والله اعلم **باب السرقة** قال
رضي الله عنه السرقة في اللغة اخذ الشيء من الغير على الخفية والاستسرار
ومنه استراق السمع قال الله تعالى الا من استرق السمع وقد
زيدت عليه اوصاف في الشريعة على ما ياتيك بيانه ان شاء الله تعالى
والمعنى اللغوي مراعى فيها ابتداء وانتهاء او ابتداء لا غير كما اذا نقب الجدار
على الاستسرار واخذ المال من المالك مكابرة على الجهار وفي الكبرى اعني قطع
الطريق مسارقة عين الامام لانه هو المتصدي لحفظ الطريق باعوانه وفي

الصغرى مسارقة عين المالك او من يقوم مقامه قال اذا سرق العاقل
البالغ عشرة دراهم او ما يبلغ قيمته عشرة دراهم مضروبة من حرز
لا شبهة فيه وجب القطع والاصل فيه قوله تعالى والسارق والسارقة
فاقطعوا ايديهما الاية ولا بد من اعتبار العقل والبلوغ لان الجناية لا
تتحقق دونهما والقطع جزاء الجناية ولا بد من التقدير بالمال الخطير
لان الرغبات تفتر في القليل الحقير وكذا اخذه لا يخفى فلا يتحقق
ركنه ولا حكمة الزجر لانها فيما يغلب والتقدير بعشرة دراهم مذهبنا
وعند الشافعي التقدير بربع دينار وعند مالك رحمه الله بثلاثة
دراهم لهما ان القطع على عهد رسول الله عليه السلام ما كان
الا في المجن واقل ما نقل في تقديره ثلاثة دراهم والاخذ بالاقل وهو
المتيقن به اولى غير ان الشافعي رحمه الله يقول كانت قيمة الدينار على
عهد رسول الله عليه السلام اثني عشر درهما والثلاثة ربعها ولنا
ان الاخذ بالاكثر في هذا الباب اولى احتيالا لدرء الحد وهذا لان في
الاقل شبهة عدم الجناية وهي دارئة وقد تأيد ذلك بقوله عليه السلام
لا قطع الا في دينار او عشرة دراهم واسم الدراهم ينطلق على
المضروبة عرفا وهذا يبين لك اشتراط المضروب كما قال في الكتاب
وهو ظاهر الرواية وهو الاصح رعاية لكمال الجناية حتى لو سرق عشرة
تبرا قيمتها انقص من عشرة مضروبة لا يجب القطع والمعتبر وزن سبعة
لانه المتعارف في عامة البلاد وقوله او ما يبلغ قيمته عشرة دراهم
اشارة الى ان غير الدراهم تعتبر قيمته بها وان كان ذهبا وقوله من حرز لا
شبهة فيه لان الشبهة دارئة وسنبينه ان شاء الله تعالى قال والعبد
والحر في القطع سواء لان النص لم يفصل ولان التنصيف متعذر
فيتكامل صيانة لاموال الناس ويجب القطع باقراره مرة واحدة وهو
عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا يقطع الا باقراره مرتين و
يروى عنه انهما في مجلسين مختلفين لانه احدى الحجتين فيعتبر بالاخرى
وهي البينة كذلك اعتبرنا في الزنا ولهما ان السرقة قد ظهرت باقراره مرة
فيكتفى به كما في القصاص وحد القذف ولا اعتبار بالشهادة لان الز
يادة تفيد فيها تقليل تهمة الكذب ولا تفيد في الاقرار شيئا لانه لا
تهمة وباب الرجوع في حق الحد لا ينسد بالتكرار والرجوع في حق المال

لا يصح اصلا لان صاحب المال يكذبه واشتراط الزيادة في الزنا بخلاف
القياس فيقتصر على مورد النص قال ويجب بشهادة شاهدين لتحقق
الظهور كما في سائر الحقوق وينبغي ان يسألهما الامام عن كيفية السرقة
وماهيتها وزمانها ومكانها لزيادة الاحتياط كما مر في الحدود ويحبسه
الى ان يسأل عن الشهود للتهمة قال واذا اشترك جماعة في سرقة
فاصاب كل واحد منهم عشرة دراهم قطع وان اصابه اقل لا يقطع لان
الموجب سرقة النصاب ويجب على كل واحد منهم بجنايته فيعتبر كمال النصاب
في حقه والله اعلم

باب ما يقطع فيه وما لا يقطع

لا قطع فيما يوجد تافها مباحا في دار الاسلام كالخشب والحشيش
والقصب والسمك والطير والصيد والزرنيخ والمغرة والنورة
والاصل فيه حديث عائشة رضي الله عنها قالت كانت اليد لا تقطع
على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في الشيء التافه اي الحقير
وما يوجد جنسه مباحا في الاصل بصورته غير مرغوب فيه حقير تقل
الرغبات فيه والطباع لا تضن به فقلما يوجد اخذه على كره من المالك
فلا حاجة الى شرع الزاجر ولهذا لم يجب القطع في سرقة ما دون
النصاب ولان الحرز فيها ناقص الا ترى ان الخشب يلقى على الابواب
وانما يدخل في الدار للعمارة لا للاحراز والطير يطير والصيد يفر
وكذا الشركة العامة التي كانت فيه وهو على تلك الصفة تورث
الشبهة والحد يندرئ بها ويدخل في السمك المالح والطري وفي الطير
الدجاج والبط والحمام لما ذكرنا ولاطلاق قوله عليه السلام لا قطع
في الطير وعن ابي يوسف انه يجب القطع في كل شيء الا الطين والتراب
والسرقين وهو قول الشافعي والحجة عليهما ما ذكرناه قال ولا
قطع فيما يتسارع اليه الفساد كاللبن واللحم والفواكه الرطبة لقوله
عليه السلام لا قطع في ثمر ولا كثر والكثر الجمار وقيل الودي وقوله
عليه السلام لا قطع في الطعام والمراد والله اعلم ما يتسارع اليه الفساد
كالمهيأ للاكل منه وما في معناه كاللحم والثمر لانه يقطع في الحنطة والسكر
اجماعا وقال الشافعي رحمه الله يقطع فيها لقوله عليه السلام لا قطع في
ثمر ولا كثر فاذا آواه الجرين او الجران قطع قلنا اخرجه على وفاق العادة
والذي يؤويه الجرين في عادتهم هو اليابس من الثمر وفيه القطع قال ولا

قطع في الفاكهة على الشجر والزرع الذي لم يحصد لعدم الاحراز ولا يقطع
في الاشربة المطربة لان السارق يتاول في تناولها الاراقة ولان بعضها
ليس بمال وفي مالية بعضها اختلاف فيتحقق شبهة عدم المالية قال ولا
الطنبور لانه من المعازف ولا في سرقة المصحف وان كان عليه حلية وقال
الشافعي يقطع لانه مال متقوم حتى يجوز بيعه وعن ابي يوسف رحمه الله
مثله وعنه ايضا انه يقطع اذا بلغت الحلية نصابا لانها ليست من
المصحف فيعتبر بانفرادها ووجه الظاهر ان الاخذ يتاول في اخذه القراءة
والنظر فيه ولانه لا مالية له على اعتبار المكتوب واحرازه لاجله لا للجلد
والاوراق والحليه وانما هي توابع ولا معتبر بالتبع كمن سرق انية فيها
خمر وقيمة الانية تربي على النصاب ولا يقطع في ابواب المسجد لعدم
الاحراز فصار كباب الدار بل اولى لانه يحرز بباب الدار ما فيها ولا يحرز
بباب المسجد ما فيه حتى لا يجب القطع بسرقة متاعه قال ولا
الصليب من الذهب ولا الشطرنج ولا النرد لانه يتاول من اخذها
الكسر نهيا عن المنكر بخلاف الدرهم الذي عليه التمثال لانه ما اعد
للعبادة فلا تثبت شبهة اباحة الكسر وعن ابي يوسف رحمه الله انه ان كان
الصليب في المصلى لا يقطع لعدم الحرز وان كان في بيت اخر يقطع
لكمال المالية والحرز ولا قطع على سارق الصبي الحر وان كان عليه حلي
لان الحر ليس بمال وما عليه من الحلي تبع له ولانه يتاول في اخذ الصبي
اسكاته او حمله الى مرضعته وقال ابو يوسف رحمه الله يقطع
اذا كان عليه حلي هو نصاب لانه يجب القطع بسرقته وحده فكذا مع
غيره وعلى هذا اذا سرق اناء فضة فيه نبيذ او ثريد والخلاف في صبي
لا يمشي ولا يتكلم كيلا يكون في يد نفسه ولا قطع في سرقة العبد
الكبير لانه غصب او خداع ويقطع في سرقة العبد الصغير لتحققها
الا اذا كان يعبر عن نفسه لانه والبالغ سواء في اعتبار يده وقال ابو
يوسف رحمه الله لا يقطع وان كان صغيرا لا يعقل ولا يتكلم استحسانا
لانه ادمي من وجه مال من وجه ولهما انه مال مطلق لكونه منتفعا به
او بعرض ان يصير منتفعا به الا انه انضم اليه معنى الادمية ولا قطع
في الدفاتر كلها لان المقصود ما فيها وذلك ليس بمال الا في دفاتر الحساب
لان ما فيها لا يقصد بالاخذ فكان المقصود هو الكواغد قال ولا في سرقة

كلب

كلب ولا فهد لان من جنسهما يوجد مباح الاصل غير مرغوب فيه ولان الا
ختلاف بين العلماء ظاهر في مالية الكلب فاورث الشبهة ولا قطع في
دف ولا بربط ولا طبل ولا مزمار لانه لا قيمة لها وعند ابي حنيفة
آخذها يتاول الكسر فيها ويقطع في الساج والقنا والابنوس والصندل
لانها اموال محرزة لكونها عزيزة عند الناس ولا يوجد بصورتها مباحة
في دار الاسلام ويقطع في الفصوص الخضر والياقوت والزبرجد لانها
من اعز الاموال وانفسها ولا يوجد مباح الاصل بصورتها في دار الاسلام
غير مرغوب فيها فصار كالذهب والفضة واذا اتخذ من الخشب اواني و
ابواب قطع فيها لانه بالصنعة التحقت بالاموال النفيسة الا ترى انها
تحرز بخلاف الحصير لان الصنعة فيه لم تغلب على الجنس حتى يبسط في غير
الحرز وفي الحصر البغدادية قالوا يجب القطع في سرقتها لغلبة الصنعة
على الاصل وانما يجب القطع في غير المركب وانما يجب اذا كان خفيفا لا يثقل
على الواحد حمله لان الثقيل منه لا يرغب في سرقته ولا قطع على خائن ولا
خائنة لقصور في الحرز ولا منتهب ومختلس لانه يجاهر بفعله كيف وقد
قال النبي عليه السلام لا قطع على مختلس ولا منتهب ولا خائن ولا قطع على
النباش وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف والشافعي القطع
لقوله عليه السلام من نبش قطعناه ولانه مال متقوم محرز بحرز مثله
فيقطع فيه ولهما قوله عليه السلام لا قطع على المختفي وهو النباش بلغة
اهل المدينة ولان الشبهة تمكنت في الملك لانه لا ملك للميت حقيقة
ولا للوارث لتقدم حاجة الميت وقد تمكن الخلل في المقصود وهو
الانزجار لان الجناية في نفسها نادرة الوجود وما رواه غير مرفوع او هو
محمول على السياسة وان كان القبر في بيت مقفل فهو على الخلاف
الصحيح وكذا اذا سرق من تابوت في القافلة وفيه الميت لما بينا ولا
يقطع السارق من بيت المال لانه مال العامة وهو منهم قال ولا من
مال للسارق فيه شركة لما قلنا ومن له على اخر دراهم فسرق منه مثلها
لم يقطع لانه استيفاء لحقه والحال والمؤجل فيه سواء لان التاجيل لتاخير
المطالبة وكذا اذا سرق زيادة على حقه لانه بمقدار حقه يصير شريكا
فيه وان سرق منه عروضا قطع لانه ليس له ولاية الاستيفاء الا بيعا
بالتراضي وعن ابي يوسف انه لا يقطع لان له ان ياخذه عند بعض العلماء

قضاء بحقه او رهنا بحقه قلنا هذا قول لا يستند الى دليل ظاهر فلا
يعتبر بدون اتصال الدعوى به حتى لو ادعى ذلك درئ عنه الحد لانه ظن
في موضع الخلاف ولو كان حقه دراهم فسرق دنانير قيل يقطع لانه
ليس له حق الاخذ وقيل لا يقطع لان النقود جنس واحد ومن سرق عينا
فقطع فيها فردها ثم عاد فسرقها وهي بحالها لم يقطع والقياس ان يقطع
وهو رواية عن ابي يوسف رحمه الله وهو قول الشافعي لقوله عليه
السلام فان عاد فاقطعوه من غير فصل ولان الثانية متكاملة كالاولى
بل اقبح لتقدم الزاجر فصار كما اذا باعه المالك من السارق ثم اشتراه
ثم كانت السرقة ولنا ان القطع اوجب سقوط عصمة المحل على ما يعرف
من بعد ان شاء الله وبالرد الى المالك ان عادت حقيقة العصمة بقيت
شبهة السقوط نظرا الى اتحاد الملك والمحل وقيام الموجب وهو القطع
فيه بخلاف ما ذكره لان الملك قد اختلف باختلاف سببه ولان تكرار
الجناية منه نادر لتحمله مشقة الزاجر فيعرى اقامة عن المقصود وهو
تقليل الجناية وصار كما اذا قذف المحدود في القذف المقذوف الاول
قال وان تغيرت عن حالها مثل ان يكون غزلا فسرقه وقطع فيه ثم
نسج فعاد فسرقه قطع لان العين قد تبدلت ولهذا يملكه الغاصب به وهذا
هو علامة التبدل في كل محل واذا تبدلت انتفت الشبهة الناشئة من اتحا
د المحل والقطع فيه فوجب القطع ثانيا **فصل في الحرز** والاخذ
منه ومن سرق من ابويه او ولده او ذي رحم محرم منه لم يقطع فالاول
هو الولاد للمبسوطة في المال وفي الدخول في الحرز والثاني للمعنى الثاني
ولهذا اباح الشرع النظر الى مواضع الزينة الظاهرة منها بخلاف الصديق
لانه عاداه بالسرقة وفي الثاني خلاف الشافعي لانه الحقها بالقرابة البعيدة
وقد بيناه في العتاق ولو سرق من بيت ذي الرحم المحرم متاع غيره ينبغي ان
لا يقطع ولو سرق ماله من بيت غيره يقطع اعتبارا للحرز وعدمه ولو
سرق من امه من الرضاع قطع وعن ابي يوسف انه لا يقطع لانه يدخل عليها
من غير استئذان وحشمة بخلاف الاخت من الرضاعة لانعدام هذا
المعنى فيها عادة وجه الظاهر انه لا قرابة والمحرمية بدونها لا تحترم كما
اذا ثبتت بالزنا والتقبيل عن شهوة واقرب من ذلك الاخت من الرضاع
وهذا لان الرضاع قلما يشتهر فلا بسوطة تحرزا عن موقف التهمة بخلاف

النسب واذا سرق احد الزوجين من الآخر او العبد من سيده او من امرأة
سيده او زوج سيدته لم يقطع لوجود الاذن بالدخول عادة وان
سرق احد الزوجين من حرز الآخر خاصة لا يسكنان فيه فكذلك عندنا
خلافا للشافعي لبسوطة بينهما في الاموال عادة ودلالة وهو نظير
الخلاف في الشهادة ولو سرق المولى من مكاتبه لم يقطع لان له في
الكتابة حقا وكذلك السارق من المغنم لان له فيه نصيبا وهو ما
ثور عن علي رضي الله عنه درءا وتعليلا قال والحرز على نوعين حرز
لمعنى فيه كالدور والبيوت وحرز بالحافظ قال رضي الله عنه لا بد
للحرز منه لان الاستسرار لا يتحقق دونه ثم قد يكون بالمكان وهو
المكان المعد لاحراز الامتعة كالدور والبيوت والصندوق والحا
نوت وقد يكون بالحافظ كمن جلس في الطريق او في المسجد وعنده
متاعه فهو محرز به وقد قطع النبي عليه السلام من سرق رداء صفوان
من تحت راسه وهو نائم في المسجد وفي المحرز بالمكان لا يعتبر الاحراز با
لحافظ هو الصحيح لانه محرز بدونه وان لم يكن له باب او كان وهو
مفتوح حتى يقطع السارق منه لان البناء لقصد الاحراز الا انه لا يجب
القطع الا بالاخراج منه لقيام يده قبله بخلاف المحرز بالحافظ حيث
يجب القطع فيه كما اخذ لزوال يد المالك بمجرد الاخذ فتتم السرقة و
لا فرق بين ان يكون الحافظ مستيقظا او نائما والمتاع تحته او عنده هو
الصحيح لانه يعد النائم عند متاعه حافظا في العادة وعلى هذا لا يضمن
المودع والمستعير مثله لانه ليس بتضييع بخلاف ما اختاره في الفتاوى
قال ومن سرق شيئا من حرز او من غير حرز وصاحبه عنده يحفظه قطع
لانه سرق مالا محرزا باحد الحرزين ولا قطع على من سرق من حمام او من
بيت اذن للناس بالدخول فيه لوجود الاذن عادة او حقيقة في
الدخول فاختل الحرز ويدخل في ذلك حوانيت التجار والخانات
الا اذا سرق منها ليلا لانها بنيت لاحراز الاموال وانما الاذن مختص
بالنهار ومن سرق من المسجد متاعا وصاحبه عنده قطع لانه محرز بالحافظ
لان المسجد ما بني لاحراز الاموال فلم يكن المال محرزا بالمكان بخلاف الحمام
والبيت الذي اذن للناس في دخوله حيث لا يقطع لانه بني للاحراز فكان
المكان حرزا فلا يعتبر الاحراز بالحافظ ولا قطع على الضيف اذا سرق عن

اضافة لان البيت لم يبق حرزا فلا يعتبر في حقه لكونه ماذونا في دخوله و
لانه بمنزلة اهل الدار فيكون فعله خيانة لا سرقة ومن سرق سرقة فلم
يخرجها من الدار لم يقطع لان الدار كلها حرز واحد فلا بد من الاخراج منها
ولان الدار وما فيها في يد صاحبها معنى فيتمكن شبهة عدم الاخذ فان
كانت دار فيها مقاصير فاخرجها من مقصورة الى صحن الدار قطع لان كل
مقصورة باعتبار ساكنها حرز على حدة وان اغار انسان من اهل المقاصير
على مقصورة فسرق منها قطع لما بينا واذا نقب اللص البيت فدخل واخذ
المال وناوله اخر خارج البيت فلا قطع لان الاول لم يوجد منه الاخراج لاع
تراض يد معتبرة على المال قبل خروجه والثاني لم يوجد منه هتك الحرز فلم
تتم السرقة من كل واحد وعن ابي يوسف رحمه الله ان اخرج الداخل يده و
ناولها الخارج فالقطع على الداخل وان ادخل الخارج يده فتناولها من يد
الداخل فعليهما وهي بناء على مسئلة تاتي بعدها ان شاء الله وان القاه
في الطريق ثم خرج فاخذه قطع وقال زفر رحمه الله لا يقطع لان الالقاء غير
موجب للقطع كما لو خرج ولم ياخذ وكذا الاخذ من السكة كما لو اخذه
غيره ولنا ان الرمي حيلة يعتادها السراق لتعذر الخروج مع المتاع او
ليتفرغ لقتال صاحب الدار او للفرار ولم يعترض عليه يد معتبرة فاعتبر
الكل فعلا واحدا واذا خرج ولم ياخذه فهو مضيع لا سارق قال
وكذلك ان حمله على حمار فساقه واخرجه لان سيره مضاف اليه لسوقه و
اذا دخل الحرز جماعة فتولى بعضهم الاخذ قطعوا جميعا قال رضي الله
عنه هذا استحسان والقياس ان يقطع الحامل وحده وهو قول زفر رحمه
الله لان الاخراج منه فتمت السرقة به ولنا ان الاخراج من الكل معنى
للمعاونة كما في السرقة الكبرى وهذا لان المعتاد فيما بينهم ان يحمل البعض
المتاع ويتشمر الباقون للدفع فلو امتنع القطع ادى الى سد باب الحد
ومن نقب البيت وادخل يده فيه واخذ شيئا لم يقطع وعن ابي يوسف
في الاملاء انه يقطع لانه اخرج المال من الحرز وهو المقصود فلا يشترط الدخول
فيه كما اذا ادخل يده في صندوق الصيرفي فاخرج الغطريفي ولنا ان هتك
الحرز يشترط فيه الكمال تحرزا عن شبهة العدم والكمال في الدخول وقد
امكن اعتباره والدخول هو المعتاد بخلاف الصندوق لان الممكن فيه
ادخال اليد دون الدخول وبخلاف ما تقدم من حمل البعض المتاع لان

ذلك هو المعتاد وان طر صرة خارجة من الكم لم يقطع وان ادخل يده في الكم
يقطع لان في الوجه الاول الرباط من خارج فبالطر يتحقق الاخذ من الظاهر
فلا يوجد هتك الحرز وفي الثاني الرباط من داخل فبالطر يتحقق الاخذ
من الحرز وهو الكم فلو كان مكان الطر حل الرباط ثم الاخذ في الوجهين
ينعكس الجواب لانعكاس العلة وعن ابي يوسف رحمه الله انه يقطع
على كل حال لانه محرز اما بالكم او بصاحبه قلنا الحرز هو الكم لانه
يعتمده وانما قصده قطع المسافة او الاستراحة فاشبه الجوالق
وان سرق من القطار بعيرا او حملا لم يقطع لانه ليس بحرز مقصود فتتمكن
شبهة العدم وهذا لان السائق والقائد والراكب يقصدون قطع
المسافة ونقل الامتعة دون الحفظ حتى لو كان مع الاحمال من يتبعها
للحفظ قالوا يقطع وان شق الحمل فاخذ منه قطع لان الجوالق في مثل
هذا حرز لانه يقصد بوضع الامتعة فيه صيانتها كالكم فوجد الاخذ
من الحرز فيقطع وان سرق جوالقا فيه متاع وصاحبه يحفظه او نائم عليه
قطع معناه اذا كان الجوالق في موضع هو ليس بحرز كالطريق ونحوه
حتى يكون محرزا بصاحبه لكونه مترصدا لحفظه وهذا لان المعتبر هو
الحفظ المعتاد والجلوس عنده والنوم عليه يعد حفظا عادة وكذا النوم
بقرب منه على ما اخترناه من قبل وذكر في بعض النسخ وصاحبه نائم عليه
او حيث يكون حافظا له وهذا يؤكد ما قدمناه من القول المختار

فصل في كيفية القطع واثباته

قال رحمه الله ويقطع
يمين السارق من الزند ويحسم فالقطع بما تلوناه من قبل واليمين بقراءة
عبد الله بن مسعود ومن الزند لان الاسم يتناول اليد الى الابط و
هذا المفصل اعني الرسغ متيقن به كيف وقد صح ان النبي عليه السلام
امر بقطع السارق من الزند والحسم لقوله عليه السلام فاقطعوه واحسموه
ولانه لو لم يحسم يفضي الى التلف والحد زاجر لا متلف فان سرق ثانيا
قطعت رجله اليسرى فان سرق ثالثا لم يقطع وخلد في السجن حتى يتوب
وهذا استحسان ويعزر ايضا ذكره المشايخ وقال الشافعي رحمه الله في
الثالثة يقطع يده اليسرى وفي الرابعة يقطع رجله اليمنى لقوله عليه السلام
من سرق فاقطعوه فان عاد فاقطعوه فان عاد فاقطعوه فان عاد فاقطعوه
ويروى مفسرا كما هو مذهبه ولان الثالثة مثل الاولى في كونه جناية

بالغوقها فيكون ادعى الى شرع الحد ولنا قول علي رضي الله عنه فيه اني
لاستحي من الله تعالى ان لا ادع له يدا ياكل بها ويستنجي بها ورجلا يمشي
عليها وبهذا حاج بقية الصحابة رضي الله عنهم فحجهم فانعقد اجماعا
ولانه اهلاك معنى لما فيه من تفويت جنس المنفعة والحد زاجر ولانه
نادر الوجود والزجر فيما يغلب بخلاف القصاص لانه حق العبد
فيستوفى ما امكن جبرا لحقه والحديث طعن فيه الطحاوي رحمه الله او
نحمله على السياسة وان كان السارق اشل اليد اليسرى او اقطع او
مقطوع الرجل اليمنى لم يقطع لان فيه تفويت جنس المنفعة بطشا او مشيا
وكذا اذا كانت رجله اليمنى شلاء لما قلنا وكذا ان كانت ابهامه اليسرى مقطوعة
او شلاء او الاصبعان منها سوى الابهام لان قوام البطش بالابهام فان كانت
اصبع واحدة سوى الابهام مقطوعة او شلاء قطع لان فوت الواحدة لا يوجب
خللا ظاهرا في البطش بخلاف فوت الاصبعين لانهما ينزلان منزلة الابهام
في نقصان البطش قال واذا قال الحاكم للحداد اقطع يمين هذا في سرقة
سرقها فقطع يساره عمدا فلا شيء عليه عند ابي حنيفة وقالا لا شيء عليه في
الخطا ويضمن في العمد وقال زفر يضمن في الخطا ايضا وهو القياس والمراد
هو الخطا في الاجتهاد اما الخطا في معرفة اليمين واليسار لا يجعل عفوا
وقيل يجعل عذرا ايضا له انه قطع يدا معصومة والخطا في حق العباد غير
موضوع فيضمنها قلنا انه اخطا في اجتهاده اذ ليس في النص تعيين اليمين
والخطا في الاجتهاد عفو ولهما انه قطع طرفا معصوما بغير حق ولا تاويل
لانه تعمد الظلم فلا يعفى وان كان في المجتهدات كان ينبغي ان يجب القصاص
الا انه امتنع للشبهة ولابي حنيفة رحمه الله انه اتلف واخلف من جنسه
ما هو خير منه فلا يعد اتلافا كمن شهد على غيره ببيع ماله بمثل قيمته ثم
رجع وعلى هذا لو قطعه غير الحداد لا يضمن ايضا هو الصحيح ولو اخرج السارق
يساره وقال هذه يميني لا يضمن بالاتفاق لانه قطعه بامره ثم في العمد عنده
عليه ضمان المال لانه لم يقع حدا وفي الخطا كذلك على هذه الطريقة وعلى
طريقة الاجتهاد لا يضمن ولا يقطع السارق الا ان يحضر المسروق منه فيطالب
بالسرقة لان الخصومة شرط لظهورها ولا فرق بين الشهادة والاقرار عندنا
خلافا للشافعي في الاقرار لان الجناية على مال الغير لا يظهر الا بخصومته وكذا
اذا غاب عند القطع عندنا لان الاستيفاء من القضاء في باب الحدود وللمستودع

والغاصب

والغاصب وصاحب الربوا ان يقطعوا السارق منهم ولرب الوديعة
ان يقطعه ايضا وكذا المغصوب منه وقال زفر والشافعي رحمهما الله
لا يقطع بخصومة الغاصب والمستودع وعلى هذا الخلاف المستعير و
المستاجر والمضارب والمستبضع والقابض على سوم الشراء والمرتهن
وكل من له يد حافظة سوى المالك ويقطع بخصومة المالك في السرقة من
هؤلاء الا ان الراهن انما يقطع بخصومته حال قيام الرهن بعد قضاء
الدين لانه لا حق له في المطالبة بالعين بدونه وللشافعي بناء على اصله
ان لا خصومة لهؤلاء في الاسترداد عنده وزفر رحمه الله يقول ولاية
الخصومة في حق الاسترداد ضرورة الحفظ فلا يظهر في حق القطع لان
فيه تفويت الصيانة ولنا ان السرقة موجبة للقطع في نفسها وقد
ظهرت عند القاضي بحجة شرعية وهي شهادة رجلين عقيب خصومة معتبرة
مطلقا اذ الاعتبار لحاجتهم الى الاسترداد فيستوفى القطع والمقصود
من الخصومة احياء حقه وسقوط العصمة ضرورة الاستيفاء فلم يعتبر ولا
معتبر بشبهة موهومة الاعتراض كما اذا حضر المالك وغاب المؤتمن
فانه يقطع بخصومته في ظاهر الرواية وان كانت شبهة الاذن في دخول
الحرز ثابتة وان قطع سارق بسرقة فسرقت منه لم يكن له ولا لرب
السرقة ان يقطع السارق الثاني لان المال غير متقوم في حق السارق
حتى لا يجب عليه الضمان بالهلاك فلم تنعقد موجبة في نفسها وللاول
ولاية الخصومة في الاسترداد في رواية لحاجته اذ الرد واجب عليه ولو
سرق الثاني قبل ان يقطع الاول او بعدما درئ الحد بشبهة يقطع بخصومة
الاول لان سقوط التقوم ضرورة القطع ولم يوجد فصار كالغاصب
ومن سرق سرقة فردها على المالك قبل الارتفاع الى الحاكم لم يقطع وعن
ابي يوسف انه يقطع اعتبارا بما اذا رده بعد المرافعة وجه الظاهر ان
الخصومة شرط لظهور السرقة لان البينة انما جعلت حجة ضرورة قطع
المنازعة وقد انقطعت الخصومة بخلاف ما بعد المرافعة لانتهاء الخصومة
بحصول مقصودها فيبقى تقديرا واذا قضي على رجل بالقطع في سرقة فوهبت
له لم يقطع معناه اذا سلمت وكذلك اذا باعها المالك اياه وقال
زفر والشافعي رحمة الله عليهما يقطع وهو رواية عن ابي يوسف لان السرقة
قد تمت انعقادا وظهورا وبهذا العارض لا تبين قيام الملك وقت السرقة

فلا شبهة ولنا ان الامضاء من القضاء في هذا الباب لوقوع الاستغناء
عنه بالاستيفاء اذ القضاء للاظهار والقطع حق الله تعالى وهو ظاهر عنده
واذا كان كذلك يشترط قيام الخصومة عند الاستيفاء وصار كما اذا ملكها
منه قبل القضاء قال وكذلك اذا نقصت قيمتها من النصاب يعني قبل
الاستيفاء بعد القضاء وعن محمد رحمه الله انه يقطع وهو قول زفر والشافعي
اعتبارا بالنقصان في العين ولنا ان كمال النصاب لما كان شرطا يشترط
قيامه عند الامضاء لما ذكرنا بخلاف النقصان في العين لانه مضمون عليه
فكمل النصاب عينا ودينا كما اذا استهلكه كله اما نقصان السعر فغير مضمون
فافترقا واذا ادعى السارق ان العين المسروقة ملكه سقط القطع عنه وان لم
يقم بينة معناه بعدما شهد الشاهدان بالسرقة وقال الشافعي
رحمه الله لا يسقط بمجرد الدعوى لانه لا يعجز عنه سارق فيؤدي الى سد
باب الحد ولنا ان الشبهة دارئة وتتحقق بمجرد الدعوى لانه يحتمله
للاحتمال ولا معتبر بما قال بدليل صحة الرجوع بعد الاقرار واذا اقر رجلان
بسرقة ثم قال احدهما هو مالي لم يقطعا لان الرجوع عامل في حق الراجع
ومورث للشبهة في حق الاخر لان السرقة تثبت باقرارهما على الشركة فان
سرقا ثم غاب احدهما وشهد الشاهدان على سرقتهما يقطع الاخر في قول ابي
حنيفة رحمه الله الاخر وهو قولهما وكان يقول اولا لا يقطع لانه لو حضر ربما
يدعي الشبهة وجه قوله الاخر ان الغيبة تمنع ثبوت السرقة على الغائب
فيبقى معدوما والعدم لا يورث الشبهة ولا معتبر بتوهم حدوث الشبهة
على ما مر واذا اقر العبد المحجور عليه بسرقة عشرة دراهم بعينها فانه يقطع
وترد السرقة الى المسروق منه وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف يقطع
والعشرة للمولى وقال محمد رحمه الله يقطع والعشرة للمولى ومعناه اذا
كذبه المولى ولو اقر بسرقة مال مستهلك قطعت يده ولو كان العبد ماذونا
له القطع في الوجهين وقال زفر رحمه الله لا يقطع في الوجوه كلها لان
الاصل عنده ان اقرار العبد على نفسه بالحدود والقصاص لا يصح لانه
يرد على نفسه وطرفه وكل ذلك مال المولى والاقرار على الغير غير مقبول الا ان
المأذون له يؤاخذ بالضمان والمال لصحة اقراره به لكونه مسلطا عليه
من جهته والمحجور عليه لا يصح اقراره بالمال ايضا ونحن نقول يصح اقراره
من حيث انه ادمي ثم يتعدى الى المالية فيصح من حيث انه مال ولانه لا تهمة

في هذا الاقرار لما يشتمل عليه من الاضرار ومثله مقبول على الغير ولمحمد رحمه الله
في المحجور عليه ان اقراره بالمال باطل ولهذا لا يصح منه الاقرار بالغصب فيبقى
مال المولى ولا قطع على العبد في سرقة يؤيده ان المال اصل فيها والقطع
تابع حتى تسمع الخصومة فيه بدون القطع ويثبت المال دونه وفي عكسه
لا تسمع ولا يثبت واذا بطل فيما هو الاصل بطل في التبع بخلاف المأذون
لان اقراره بالمال الذي في يده صحيح فيصح في حق القطع تبعا ولابي يوسف
انه اقر بشيئين بالقطع وهو على نفسه فيصح على ما ذكرناه وبالمال و
هو على المولى فلا يصح على حقه فيه والقطع يستحق بدونه كما اذا قال
الحر الثوب الذي في يد زيد سرقته من عمرو وزيد يقول هو ثوبي يقطع
يد المقر وان كان لا يصدق في تعيين الثوب حتى لا يؤخذ من زيد ولابي
حنيفة رحمه الله ان الاقرار بالقطع قد صح منه لما بينا فيصح بالمال بناء
عليه لان الاقرار يلاقي حالة البقاء والمال في حالة البقاء تابع للقطع حتى
يسقط عصمة المال باعتباره ويستوفي القطع بعد استهلاكه بخلاف
مسألة الحر لان القطع يجب بالسرقة من المودع اما لا يجب بسرقة العبد
مال المولى فافترقا ولو صدقه المولى يقطع في الفصول كلها لزوال المانع
قال واذا قطع السارق والعين قائمة في يده ردت على صاحبها لبقائها
على ملكه وان كانت مستهلكة لم يضمن وهذا الاطلاق يشمل الهلاك
والاستهلاك وهو رواية ابي يوسف عن ابي حنيفة وهو المشهور
وروى الحسن عنه انه يجب في الاستهلاك وقال الشافعي رحمه الله يضمن
فيهما لانهما حقان قد اختلف سبباهما فلا يمتنعان فالقطع حق الشرع
وسببه ترك الانتهاء عما نهي عنه والضمان حق العبد وسببه اخذ المال فصار
كاستهلاك الصيد المملوك في الحرم او شرب خمر مملوكة للذمي ولنا قوله عليه السلام
لا غرم على السارق بعد ما قطعت يمينه ولان وجوب الضمان ينافي القطع
لانه يتملكه باداء الضمان مستندا الى وقت الاخذ فتبين انه ورد على ملكه
فينتفي القطع وما يؤدي الى انتفائه فهو المنتفي ولان المحل لا يبقى معصوما
حقا للعبد اذ لو بقي كان مباحا في نفسه فينتفي القطع للشبهة فيصير
محرما حقا للشرع كالميتة ولا ضمان فيه الا ان العصمة لا يظهر سقوطها في حق
الاستهلاك لانه فعل غير السرقة ولا ضرورة في حقه وكذا الشبهة تعتبر
فيما هو السبب دون غيره ووجه المشهور ان الاستهلاك اتمام المقصود

نتقتير الشبهة وكذا يظهر سقوط العصمة في حق الضمان لانه من ضرورات
سقوطها في حق الهلاك لانتفاء المماثلة قال ومن سرق سرقات فقطع في
احديها فهو بجميعها ولا يضمن شيا عند ابي حنيفة وقالا يضمن كلها الا التي
قطع لها ومعنى المسئلة اذا حضر احدهم فان حضروا جميعا وقطعت يده
بخصومتهم لا يضمن شيا بالاتفاق في السرقات كلها لهما ان الحاضر ليس
بنايب عن الغايب ولا بد من الخصومة ليظهر السرقة فلم تظهر السرقة
من الغايبين فلم يقع القطع لها فبقيت اموالهم معصومة وله انا لو
بالكل قطع واحد حقا لله تعالى لان مبنى الحدود على التداخل والخصومة
شرط الظهور عند القاضي فاذا استوفي فالمستوفي كل الواجب الا ترى
انه يرجع نفعه الى الكل فيقع عن الكل وعلى هذا اذا كان النصب كلها
لواحد فخاصم في البعض والله اعلم باب ما يحدث السارق
في السرقة ومن سرق ثوبا فشقه في الدار بنصفين ثم اخرجه وهو
يساوي عشرة دراهم قطع وعن ابي يوسف انه لا يقطع لان له فيه سبب
الملك وهو الخرق الفاحش فانه يوجب القيمة فيتملك المضمون وصار
كالمشتري اذا سرق مبيعا فيه خيار للبايع ولهما ان الاخذ وضع سببا
للضمان لا للملك وانما الملك يثبت ضرورة اداء الضمان كيلا يجتمع
البدلان في ملك واحد ومثله لا يورث الشبهة كنفس الاخذ وكما اذا سرق
البايع معيبا باعه بخلاف ما ذكر لان البيع موضوع لافادة الملك وهذا
الخلاف فيما اذا اختار تضمين النقصان واخذ الثوب فان اختار
تضمين القيمة وترك الثوب عليه لا يقطع بالاتفاق لانه ملكه مستندا
الى وقت الاخذ فصار كما اذا ملكه بالهبة فاورث الشبهة وهذا كله
اذا كان النقصان فاحشا فان كان يسيرا يقطع بالاتفاق لانعدام
سبب الملك اذ ليس له اختيار تضمين كل القيمة وان سرق شاة فذبحها
ثم اخرجها لم يقطع لان السرقة تمت على اللحم ولا قطع فيه ومن سرق ذهبا
او فضة يجب فيه القطع وصنعه دراهم او دنانير قطع فيه وترد الدراهم
والدنانير الى المسروق منه وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا
سبيل للمسروق منه عليها واصله في الغصب فهذه صنعة متقومة عنده
خلافا لهما ثم وجوب الحد لا يشكل على قوله لانه لم يملكه وقيل على قولهما
لا يجب لانه ملكه قبل القطع وقيل يجب لانه صار بالصنعة شيا آخر فلم

يملك عينه وان سرق ثوبا فصبغه احمر فقطع فيه لم يوخذ منه الثوب ولم
يضمن وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد يوخذ منه
ويعطى ما زاد الصبغ فيه وحق المالك في الثوب قايم صورة ومعنى
الا ترى انه غير مضمون على السارق بالهلاك فرجحنا جانب السارق
بخلاف الغصب لان حق كل واحد قايم صورة ومعنى فاستويا في هذا
الوجه ورجحنا جانب المالك لما ذكرنا وان صبغه اسود اخذ منه في المذ
هبين يعني عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند ابي يوسف هذا
والاول سواء لان السواد زيادة عنده كالحمرة وعند محمد زيادة
ايضا كالحمرة ولكنه لا يقطع حق المالك وعند ابي حنيفة السواد نقصان
فلا يوجب انقطاع حق المالك والله اعلم باب قطع
الطريق قال رحمه الله واذا خرج جماعة ممتنعين او واحد
يقدر على الامتناع فقصدوا قطع الطريق فاخذوا قبل ان ياخذوا
مالا ويقتلوا نفسا حبسهم الامام حتى يحدثوا توبة فان اخذوا مال
مسلم او ذمي والماخوذ اذا قسم على جماعتهم اصاب كل واحد منهم عشرة
دراهم فصاعدا او ما يبلغ قيمته ذلك قطع الامام ايديهم وارجلهم
من خلاف وان قتلوا ولم ياخذوا مالا قتلهم حدا والاصل فيه قوله
تعالى انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله الاية والمراد منه والله اعلم
التوزيع على الاحوال وهي اربعة هذه الثلثة المذكورة ورابعة
نذكرها ان شاء الله تعالى ولان الجنايات تتفاوت على الاحوال فاللايق
تغلظ الحكم بتغلظها اما الحبس في الاولى فلانه المراد بالنفي المذكور
لانه نفي من وجه الارض بدفع شرهم عن اهلها ويعزرون ايضا لمباشرتهم
منكر الاخافة وشرط القدرة على الامتناع لان المحاربة لا يتحقق الا
بالمنعة والحالة الثانية كما بينا لما تلوناه وشرط ان يكون الماخوذ مال مسلم
او ذمي لتكون العصمة موبدة ولهذا لو قطع الطريق على المستامن
لا يجب القطع وشرط كمال النصاب في حق كل واحد كيلا يستباح طرفه
الا بتناوله ما له خطر والمراد قطع اليد اليمنى والرجل اليسرى كيلا يودي
الى تفويت جنس المنفعة والحالة الثالثة كما بينا لما تلوناه ويقتلون
حدا حتى لو عفا الاولياء عنهم لا يلتفت الى عفوهم لانه حق الشرع والرابعة
اذا قتلوا واخذوا المال فالامام بالخيار ان شاء قطع ايديهم وارجلهم

من خلاف وقتلهم وصلبهم وان شا قتلهم وان شا صلبهم وقال محمد رحمه الله
يقتل او يصلب ولا يقطع لانه جناية واحدة فلا توجب حدين ولان ما دون النفس
يدخل في النفس في باب الحد كحد السرقة والرجم ولهما انه عقوبة واحدة
تغلظت لتغلظ سببها وهو تفويت الامن على التناهي بالقتل واخذ المال
ولهذا كان قطع اليد والرجل معا في الكبرى حدا واحدا وان كانا في الصغرى حدين
والتداخل في الحدود لا في حد واحد ثم ذكر في الكتاب التخيير بين الصلب
وتركه وهو ظاهر الرواية وعن ابي يوسف انه لا يتركه لانه منصوص عليه و
المقصود التشهير ليعتبر به غيره ونحن نقول اصل التشهير بالقتل والمبالغة
بالصلب فيخير فيه ثم قال يصلب حيا ويبعج بطنه برمح الى ان يموت ومثله
عن الكرخي وعن الطحاوي انه يقتل ثم يصلب توقيا عن المثلة وجه الاول
وهو الاصح ان الصلب على هذا الوجه ابلغ في الردع وهو المقصود قال
ولا يصلب اكثر من ثلاثة ايام لانه يتغير بعدها فيتاذى الناس به وعن ابي
يوسف يترك على خشبته حتى يتقطع فيسقط ليعتبر به غيره قلنا حصل
الاعتبار بما ذكرناه والنهاية غير مطلوبة قال واذا قتل القاطع فلا
ضمان عليه في مال اخذه اعتبارا بالسرقة الصغرى وقد بيناه وان باشر
القتل احدهم اجري الحد عليهم باجمعهم لانه جزاء المحاربة وهي تتحقق بان
يكون البعض ردا للبعض حتى اذا زلت اقدامهم انحازوا اليهم وانما الشرط
القتل من واحد منهم وقد تحقق قال والقتل ان كان بعصا او بحجر
او بسيف فهو سواء لانه يقع قطعا للطريق بقطع المارة وان لم يقتل القاطع
ولم ياخذ مالا وقد جرح اقتص منه فيما فيه القصاص واخذ الارش منه مما
فيه الارش وذلك الى الاولياء لانه لا حد في هذه الجناية فظهر حق العبد
وهو ما ذكرناه فيستوفيه الولي وان اخذ مالا ثم جرح قطعت يده ورجله
وبطلت الجراحات لانه لما وجب الحد حقا لله تعالى سقطت عصمة النفس حقا
للعبد كما تسقط عصمة المال وان اخذ بعد ما تاب وقد قتل عمدا فان
شاء الاولياء قتلوه وان شاؤوا عفوا عنه لان الحد في هذه الجناية لا يقام
بعد التوبة للاستثناء المذكور في النص ولان التوبة تتوقف على رد
المال ولا قطع في مثله فظهر حق العبد في النفس والمال حتى يستوفي الولي
القصاص او يعفو ويجب الضمان اذا هلك في يده او استهلكه وان كان
من القطاع صبي او مجنون او ذو رحم محرم من المقطوع عليه سقط الحد عن الباقين

فالذي ذكره في الصبي والمجنون قول ابي حنيفة وزفر رحمهما الله وعن ابي
يوسف انه لو باشر العقلاء يحد الباقون وعلى هذا السرقة الصغرى له
ان المباشر اصل والرد تابع ولا خلل في مباشرة العاقل ولا اعتبار بالخلل
في التبع وفي عكسه ينعكس المعنى والحكم ولهما انه جناية واحدة قامت
بالكل فاذا لم يقع فعل بعضهم موجبا كان فعل الباقين بعض العلة
وبه لا يثبت الحكم فصار كالخاطئ مع العامد واما ذو الرحم المحرم فقد
قيل تاويله اذا كان المال مشتركا بين المقطوع عليهم والاصح انه مطلق
لان الجناية واحدة على ما ذكرناه فالامتناع في حق البعض يوجب الامتناع
في حق الباقين بخلاف ما اذا كان فيهم مستامن لان الامتناع في حقه
لخلل في العصمة وهو يخصه اما هنا الامتناع لخلل في الحرز والقافلة
فله حرز واحد واذا سقط الحد صار القتل الى الاولياء لظهور حق العبد
على ما ذكرناه فان شاؤوا قتلوا وان شاؤوا عفوا واذا قطع بعض القافلة
الطريق على البعض لم يجب الحد لان الحرز واحد فصارت القافلة كدار
واحدة ومن قطع الطريق ليلا او نهارا في المصر او بين الكوفة والحيرة فليس
بقاطع الطريق استحسانا وفي القياس يكون قاطع الطريق وهو قول
الشافعي لوجوده حقيقة وعن ابي يوسف انه يجب اذا كان خارج المصر
وان كان بقربه لانه لا يلحقه الغوث وعنه انه لو قاتلوا نهارا بالسلاح
او ليلا به او بالخشب فهم قطاع لان السلاح لا يلبث والغوث يبطئ بالليالي
ونحن نقول ان قطع الطريق بقطع المارة ولا يتحقق ذلك في المصر ويقرب
منه لان الظاهر لحوق الغوث الا انهم يؤخذون برد المال ايصالا للحق
الى المستحق ويؤدبون ويحبسون لارتكابهم الجناية ولو قتلوا فالامر فيه
الى الاولياء لما بينا ومن خنق رجلا حتى قتله فالدية على عاقلته عند ابي حنيفة
وهي مسألة القتل بالمثقل وستاتيك في الديات وان خنق في المصر غير مرة
قتل به لانه صار ساعيا في الارض بالفساد فيدفع شره بالقتل

كتاب السير

قال رضي الله عنه السير جمع سيرة وهي الطريقة في الامور و
في الشرع يختص بسير النبي عليه السلام في مغازيه قال الجهاد فرض على
الكفاية اذا قام به فريق من الناس سقط عن الباقين اما الفرضية فلقوله
تعالى فاقتلوا المشركين ولقوله عليه السلام الجهاد ماض الى يوم القيمة
اراد به فرضا باقيا وهو على الكفاية لانه ما فرض لعينه اذ هو افساد في

في نفسه وانما فرض لاعزاز دين الله ودفع الشر عن العباد فاذا حصل المقصود
بالبعض سقط عن الباقين كصلوة الجنازة ورد السلام وان لم يقم به
احد اثم جميع الناس بتركه لان الوجوب على الكل ولان في اشتغال
الكل به قطع مادة الجهاد عن الكراع والسلاح فيجب على الكفاية الا
ان يكون النفير عاما فحينئذ يصير من فروض الاعيان لقوله تعالى انفروا
خفافا وثقالا وقال في الجامع الصغير الجهاد واجب الا ان المسلمين
في سعة حتى يحتاج اليهم فاول هذا الكلام اشارة الى الوجوب على الكفاية
واخره الى النفير العام وهذا لان المقصود عند ذلك لا يتحصل الا باقامة
الكل فيفترض على الكل قال وقتال الكفار واجب وان لم يبدؤا للعمومات
ولا يجب الجهاد على صبي لان الصبا مظنة المرحمة ولا عبد ولا امراة لتقدم
حق المولى والزوج ولا اعمى ولا مقعد ولا اقطع لعجزهم وان هجم العدو
على بلد وجب على جميع الناس الدفع تخرج المراة بغير اذن زوجها والعبد
بغير اذن المولى لانه صار فرض عين وملك اليمين ورق النكاح لا يظهر
في حق فروض الاعيان كما في الصلوة والصوم بخلاف ما قبل النفير
لان بغيرهما مقنعا فلا ضرورة الى ابطال حق المولى والزوج ويكره الجعل
ما دام للمسلمين فيء لانه يشبه الاجرة ولا ضرورة اليه لان مال بيت المال
معد لنوائب المسلمين قال فان لم يكن فلا باس بان يقوي بعضهم
بعضا لان فيه دفع الضرر الاعلى بالحاق الادنى يؤيده ان النبي عليه السلام
اخذ دروعا من صفوان وعمر رضي الله عنه كان يغزي الاعزب عن ذي الحليلة
ويعطي الشاخص فرس القاعد والله اعلم

باب كيفية القتال

واذا دخل المسلمون دار الحرب فحاصروا مدينة او حصنا دعوهم الى الا
سلام لما روى ابن عباس رضي الله عنه ان النبي عليه السلام ما قاتل قوما
حتى دعاهم الى الاسلام قال فان اجابوا كفوا عن قتالهم لحصول
المقصود وقد قال عليه السلام امرت ان اقاتل الناس حتى يقولوا
لا اله الا الله الحديث فان امتنعوا دعوهم الى اداء الجزية به امر رسول الله
عليه السلام امراء الجيوش ولانه احد ما ينتهي به القتال على ما نطق به النص وهذا في
حق من تقبل منه الجزية ومن لا تقبل منه كالمرتدين وعبدة الاوثان من العرب
فلا فائدة في دعائهم الى قبول الجزية لانه لا يقبل منهم الا الاسلام قال الله
تعالى تقاتلونهم او يسلمون فان بذلوها فلهم ما للمسلمين وعليهم ما على

المسلمين لقول علي رضي الله عنه انما بذلوا الجزية ليكون دماؤهم كدمائنا
واموالهم كاموالنا والمراد بالبذل القبول وكذا المراد بالاعطاء المذكور
فيه في القرآن والله اعلم ولا يجوز ان يقاتل من لم تبلغه الدعوة الى الا
سلام الا ان يدعوه لقوله عليه السلام في وصية امراء الاجناد فادعهم
الى شهادة ان لا اله الا الله ولانهم بالدعوة يعلمون انا نقاتلهم
على الدين لا على سلب الاموال وسبي الذراري فلعلهم يجيبون
فتكفى مؤنة القتال ولو قاتلهم قبل الدعوة اثم للنهي ولا غرامة
لعدم العاصم وهو الدين او الاحراز بالدار فصار كقتل النسوان و
الصبيان ويستحب ان يدعو من بلغته الدعوة مبالغة في الانذار
ولا يجب ذلك لانه صح ان النبي عليه السلام اغار على بني المصطلق
وهم غارون وعهد الى اسامة رضي الله عنه ان يغير على ابنى صباحا
ثم يحرق والغارة لا تكون بدعوة قال فان ابوا استعانوا بالله
عليهم وحاربوهم لقوله عليه السلام في حديث سليمان بن بريدة
فان ابوا ذلك فادعهم الى اعطاء الجزية الى ان قال فان ابوا فاستعن
بالله عليهم وقاتلهم ولانه تعالى هو الناصر لاوليائه والمدمر على
اعدائه فيستعان به في كل الامور قال ونصبوا عليهم المجانيق
كما نصب رسول الله عليه السلام على الطائف وحرقوهم لانه عليه
السلام احرق البويرة قال وارسلوا عليهم الماء وقطعوا شجرهم
وافسدوا زرعهم لان في جميع ذلك الحاق الكبت والغيظ بهم وكسر
شوكتهم وتفريق جمعهم فيكون مشروعا ولا باس برميهم وان كان فيهم
مسلم اسير او تاجر لان في الرمي دفع الضرر العام بالذب عن بيضة
الاسلام وقتل الاسير والتاجر ضرر خاص ولانه قلما يخلو حصن عن مسلم
فلو امتنع باعتباره لانسد بابه وان تترسوا بصبيان المسلمين
او بالاسارى لم يكفوا عن رميهم لما بينا ويقصدون بالرمي الكفار
لانه ان تعذر التمييز فعلا فقد امكن قصدا والطاعة بحسب الطاقة
وما اصابوه منهم لا دية عليهم ولا كفارة لان الجهاد فرض والغرامات
لا تقرن بالفروض بخلاف حالة المخمصة لانه لا يمتنع مخافة الضمان
لما فيه من احياء نفسه اما الجهاد بني على اتلاف النفس فيمتنع حذار الضمان
قال ولا باس باخراج النساء والمصاحف مع المسلمين اذا كان عسكرا

عظيما يؤمن عليه لان الغالب هو السلامة والغالب كالمتحقق ويكره اخراج
ذلك في سرية لا يؤمن عليها لان فيه تعريضهن على الضياع والفضيحة وتعريض
المصاحف على الاستخفاف فانهم يستخفون بها مغايظة للمسلمين
وهو التاويل الصحيح لقوله عليه السلام لا تسافروا بالقران في ارض
العدو ولو دخل مسلم اليهم بامان لا باس ان يحمل معه المصحف اذا كانوا قوما
يوفون بالعهد لان الظاهر عدم التعرض والعجائز يخرجن في العسكر
العظيم لاقامة عمل يليق بهن كالطبخ والسقي والمداواة واما الشواب
فمقامهن في البيوت ادفع للفتنة ولا يباشرن القتال لانه يستدل به
على ضعف المسلمين ولا يستحب اخراجهن للمباضعة والخدمة فان كانوا
لا بد مخرجين فبالاماء دون الحرائر ولا تقاتل المراة الا باذن زوجها ولا
العبد الا باذن سيده لما بينا الا ان يهجم العدو للضرورة وينبغي
للمسلمين ان لا يغدروا ولا يغلوا ولا يمثلوا لقوله عليه السلام لا تغلوا
ولا تغدروا ولا تمثلوا والغلول السرقة من المغنم والغدر الخيانة و
نقض العهد والمثلة المروية في قصة العرنيين منسوخة بالنهي المتاخر
هو المنقول ولا يقتلوا امراة ولا صبيا ولا شيخا فانيا ولا مقعدا
ولا اعمى لان المبيح للقتل عندنا هو الحراب ولا يتحقق منهم ولهذا لا
يقتل يابس الشق والمقطوع اليمنى والمقطوع يده ورجله من خلاف
والشافعي يخالفنا في الشيخ والمقعد والاعمى لان المبيح عنده الكفر
والحجة عليه ما بينا وقد صح ان النبي عليه السلام نهى عن قتل الصبيان
والذراري وحين راى صلى الله عليه وسلم امراة مقتولة قال هاه
ما كانت هذه تقاتل فلم قتلت قال الا ان يكون احدهم ممن له
راي في الحرب او تكون المراة ملكة لتعدي ضررها الى العباد وكذا
يقتل من قاتل من هؤلاء دفعا لشره ولان القتال مبيح حقيقة ولا
تقتلوا المجنون لانه غير مخاطب الا ان يقاتل فيقتل دفعا لشره غير ان
الصبي والمجنون يقتلان ما داما يقاتلان وغيرهما لا باس بقتله
بعد الاسر لانه من اهل العقاب لتوجه الخطاب نحوه وان كان يجن
ويفيق فهو في حال افاقته كالصحيح ويكره ان يبتدي الرجل اباه من
المشركين فيقتله لقوله تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا ولانه يجب عليه
احياؤه بالانفاق فيناقضه الاطلاق في افنائه فان ادركه امتنع عليه

حتى يقتله غيره لان المقصود يحصل بغيره من غير اقتحامه الماثم وان قصد
الاب قتله بحيث لا يمكنه دفعه الا بقتله لا باس به لان مقصوده الدفع
الا ترى انه لو شهر الاب المسلم سيفه على ابنه ولا يمكنه دفعه الا بقتله
يقتله لما بينا فهذا اولى **باب الموادعة ومن يجوز امانه**
قال واذا راى الامام ان يصالح اهل الحرب او فريقا منهم وكان في ذلك مصلحة
للمسلمين فلا باس به لقوله تعالى وان جنحوا للسلم فاجنح لها ووادع رسول
الله عليه السلام اهل مكة عام الحديبية على ان يضع الحرب بينه وبينهم
عشر سنين ولان الموادعة جهاد معنى اذا كان خيرا للمسلمين لان المقصود
وهو دفع الشر حاصل به ولا يقتصر الحكم على المدة المروية لتعدي المعنى
الى ما زاد عليها بخلاف ما اذا لم يكن خيرا لانه ترك الجهاد صورة ومعنى
وان صالحهم مدة ثم راى نقض الصلح انفع نبذ اليهم وقاتلهم لانه
عليه السلام نبذ الموادعة التي كانت بينه وبين اهل مكة ولان المصلحة
لما تبدلت كان النبذ جهادا وايفاء العهد ترك الجهاد صورة
ومعنى ولا بد من النبذ تحرزا عن الغدر وقد قال عليه السلام
في العهود وفاء لا غدر ولا بد من اعتبار مدة يبلغ خبر النبذ الى جميعهم
ويكتفى في ذلك بمضي مدة يتمكن ملكهم بعد علمه بالنبذ من
انفاذ الخبر الى اطراف مملكته لان بذلك ينتفي الغدر قال
وان بدؤا بخيانة قاتلهم ولم ينبذ اليهم اذا كان ذلك باتفاقهم
لانهم صاروا ناقضين للعهد فلا حاجة الى نقضه بخلاف ما اذا دخل
جماعة منهم فقطعوا الطريق ولا منعة لهم حيث لا يكون هذا نقضا
للعهد ولو كانت لهم منعة وقاتلوا المسلمين علانية يكون نقضا
للعهد في حقهم دون غيرهم لانه بغير اذن ملكهم ففعلهم لا يلزم
غيرهم حتى لو كان باذن ملكهم صاروا ناقضين للعهد لانه باتفاقهم
معنى وان راى الامام موادعة اهل الحرب وان ياخذ على ذلك مالا
فلا باس به لانه لما جازت الموادعة بغير المال فكذا بالمال لكن اذا كان
هذا اذا كان بالمسلمين حاجة اما اذا لم تكن لا يجوز لما بينا من قبل
والماخوذ من المال يصرف مصارف الجزية اذا لم ينزلوا بساحتهم بل
ارسلوا رسولا لانه في معنى الجزية اما اذا احاط الجيش بهم ثم اخذوا
المال فهو غنيمة يخمسها ويقسم الباقي بينهم لانه ماخوذ بالقهر معنى واما

المرتدون يوادعهم الامام حتى ينظر في امرهم لان الاسلام مرجو
منهم فجاز تاخيرهما لهم طمعا في اسلامهم ولا ياخذ عليه مالا لانه لا
يجوز اخذ الجزية منهم لما نبين ولو اخذه لم يرده لانه مال غير معصوم
ولو حاصر العدو المسلمين وطلبوا الموادعة على مال يدفعه المسلمون
اليهم لا يفعل الامام لما فيه من اعطاء الدنية والحاق المذلة باهل
الاسلام الا اذا خاف الهلاك لان دفع الهلاك واجب باي طريق
يمكن ولا ينبغي ان يباع السلاح من اهل الحرب وحمله اليهم ولان فيه
تقويتهم على قتال المسلمين فيمنع من ذلك وكذا الكراع لما بينا وكذا
الحديد لانه اصل السلاح وكذا بعد الموادعة لانها على شرف النقض
او الانتقضا فكانوا حربا علينا وهذا هو القياس في الطعام والثوب
الا انا عرفناه بالنص فانه عليه السلام امر ثمامة ان يمير اهل مكة وهم
حرب عليهم **فصل** واذا امن رجل حر او امراة حرة كافرا
او جماعة او اهل حصن او مدينة صح امانهم ولم يكن لاحد من المسلمين
قتالهم فيه لقوله عليه السلام المسلمون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم
ادناهم اي اقلهم وهو الواحد ولانه من اهل القتال فيخافونه اذ هو
من اهل المنعة فيتحقق الامان منه لملاقاته محله ثم يتعدى الى غيره
ولان سببه لا يتجزى وهو الايمان وكذا الامام لا يتجزى فيتكامل كولاية
الانكاح **قال** الا ان يكون في ذلك مفسدة فينبذ اليهم كما اذا امن
الامام بنفسه ثم راى المصلحة في النبذ وقد بيناه ولو حاصر الامام
حصنا وامن واحد من الجيش وفيه مفسدة ينبذ الامان لما بينا
ويؤدبه الامام لافتياته على رايه بخلاف ما اذا كان فيه نظر لانه ربما
يفوت المصلحة بالتاخير وكان معذورا ولا يجوز امان ذمي لانه متهم بهم
وكذا لا ولاية له على المسلمين **قال** ولا اسير ولا تاجر يدخل عليهم
لانهما مقهوران تحت ايديهم فلا يخافونهما والامان يختص بمحل الخوف
ولانهما يجبران عليه فيعرى الامان عن المصلحة ولانهم كلما اشتد الامر
عليهم يجدون اسيرا او تاجرا فيتخلصون بامانه فلا ينفتح باب الفتح
ومن اسلم في دار الحرب ولم يهاجر الينا لا يصح امانه لما بينا ولا يجوز
امان العبد عند ابي حنيفة رحمه الله الا ان ياذن له مولاه في القتال وقال
محمد رحمه الله يصح وهو قول الشافعي وابو يوسف معه في رواية ومع

ابي حنيفة في رواية لمحمد رحمه الله **قوله** عليه السلام امان العبد امان
رواه ابو موسى الاشعري رضي الله عنه ولانه مؤمن ممتنع فيصح امانه
اعتبارا بالماذون له في القتال وبالمؤبد من الامان فالايمان لكونه
شرطا للعبادة والجهاد عبادة والامتناع لتحقق ازالة الخوف به والتاثير
اعزاز الدين واقامة المصلحة في حق جماعة المسلمين اذ الكلام في مثل
هذه الحالة وانما لا يملك المسايفة لما فيه من تعطيل منافع المولى ولا
تعطيل في مجرد القول ولابي حنيفة رحمه الله انه محجور عن القتال فلا يصح
امانه لانهم لا يخافونه فلم تلاق الامان محله بخلاف الماذون في القتال
لان الخوف منه متحقق ولانه انما لا يملك المسايفة لما انه تصرف في حق
المولى على وجه لا يعرى عن احتمال الضرر في حقه والامان نوع قتال
ما ذكرناه لانه قد يخطئ بل هو الظاهر وفيه سد باب الاستغنام بخلاف
الماذون لانه رضي به والخطا نادر لمباشرته القتال وبخلاف المؤبد
لانه خلف عن الاسلام فهو بمنزلة الدعوة اليه ولانه مقابل بالجزية
ولانه مفروض عند مسالتهم ذلك واسقاط الفرض نفع فافترقا
ولو امن الصبي وهو لا يعقل لا يصح كالمجنون وان كان يعقل وهو
محجور عن القتال فعلى الخلاف وان كان ماذونا له في القتال فالاصح
انه يصح بالاتفاق والله اعلم بالصواب **باب الغنائم
وقسمتها** قال واذا فتح الامام بلدة عنوة اي قهرا فهو بالخيار ان
شاء قسمه بين المسلمين كما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم بخيبر
وان شاء اقر اهله عليه ووضع عليهم الجزية وعلى اراضيهم الخراج
كذلك فعل عمر رضي الله عنه بسواد العراق بموافقة من الصحابة
رضي الله عنهم ولم يحمد من خالفه وفي كل من ذلك قدوة فيتخير وقيل
الاولى هو الاول عند حاجة الغانمين والثاني عند عدم الحاجة ليكون
عدة في الزمان الثاني وهذا في العقار اما في المنقول المجرد فلا يجوز المن
بالرد عليهم لانه لم يرد به الشرع فيه وفي العقار خلاف الشافعي رضي الله عنه
لان في المن ابطال حق الغانمين او ملكهم فلا يجوز من غير بدل يعادله
والخراج غير معادل لقلته بخلاف الرقاب لان للامام ان يبطل حقهم
راسا بالقتل والحجة عليه ما رويناه ولان فيه نظرا لانهم كالاكرة العاملة
للمسلمين العالمة بوجوه الزراعة والمؤن مقطوعة عنهم انه يحظى به الذين ياتون

من بعد والخراج ان قل حالا فقد جل مالا لدوامه وان من عليهم بالرقاب
والاراضي يدفع اليهم من المنقولات بقدر ما يتهيأ لهم العمل ليخرج
عن حد الكراهة قال وهو في الاسارى بالخيار ان شاء قتلهم لانه
عليه السلام قد قتل ولان فيه حسم مادة الفساد وان شاء استرقهم
لان فيه دفع شرهم مع وفور المنفعة لاهل الاسلام وان شاء تركهم
احرارا ذمة للمسلمين لما بينا الا مشركي العرب والمرتدين على ما نبين
ان شاء الله تعالى ولا يجوز ان يردهم الى دار الحرب لان فيه تقويتهم
على المسلمين فان اسلموا لا يقتلهم لاندفاع الشر بدونه وله ان يستر
قهم توفيرا للمنفعة بعد انعقاد سبب الملك بخلاف اسلامهم قبل
الاخذ لانه لم ينعقد السبب بعد ولا يفادى بالاسارى عند ابي حنيفة
رحمه الله وقالا يفادى بهم اسارى المسلمين وهو قول الشافعي رحمه الله
لان فيه تخليص المسلم وهو اولى من قتل الكافر والانتفاع به وله ان
فيه تقوية للكفرة لانه يعود حربا علينا ودفع شر حرابه خير من
استنقاذ الاسير المسلم لانه اذا بقي في ايديهم كان ابتلاء في حقه غير مضاف
الينا والاعانة بدفع اسيرهم اليهم مضاف الينا اما المفاداة بمال
ناخذه منهم لا يجوز في المشهور من المذهب لما بينا وفي السير الكبير انه لا
باس به اذا كان بالمسلمين حاجة استدلالا باسارى بدر ولو كان
اسلم الاسير في ايدينا لا يفادى بمسلم اسير في ايديهم لانه لا يفيد الا
اذا طابت نفسه به وهو مامون على اسلامه قال ولا يجوز
المن عليهم اي على الاسارى خلافا للشافعي رحمه الله فانه يقول
من رسول الله عليه السلام على بعض الاسارى يوم بدر ولنا
قوله تعالى واقتلوا المشركين حيث وجدتموهم ولانه بالاسر والقهر
ثبت حق الاسترقاق فيه فلا يجوز اسقاطه بغير منفعة وعوض وما
رواه منسوخ بما تلونا واذا اراد الامام العود ومعه مواش فلم يقدر
على نقلها الى دار الاسلام ذبحها وحرقها ولا يعقرها ولا يتركها وقال
الشافعي رحمه الله يتركها لانه عليه السلام نهى عن ذبح الشاة الا لمأكلة
ولنا ان ذبح الحيوان يجوز لغرض صحيح ولا غرض اصح من كسر شوكة الاعداء
ثم يحرق بالنار لينقطع منفعته عن الكفار وصار كتخريب البنيان بخلاف
التحريق قبل الذبح لانه منهي عنه وبخلاف العقر لانه مثلة ويحرق الاسلحة

ايضا

ايضا وما لا يحرق منها يدفن في موضع لا يقف عليه الكفار ابطالا للمنفعة
عليهم ولا يقسم غنيمة في دار الحرب حتى يخرجها الى دار الاسلام وقال الشافعي
لا باس بذلك واصله ان الملك للغانمين لا يثبت قبل الاحراز بدار الاسلام
عندنا وعنده يثبت ويبتنى على هذا الاصل عدة من المسائل ذكرناها في
الكفاية المنتهى بتوفيق الله تعالى له ان سبب الملك الاستيلاء اذا ورد على مال
مباح كما في الصيود ولا معنى للاستيلاء سوى اثبات اليد وقد تحقق
ولنا ان النبي عليه السلام نهى عن بيع الغنيمة في دار الحرب والخلاف
ثابت فيه والقسمة بيع معنى فيدخل تحته ولان الاستيلاء اثبات اليد
الحافظة والناقلة والثاني منعدم لقدرتهم على الاستنقاذ ووجوده
ظاهر ثم قيل موضع الخلاف ترتب الاحكام على القسمة اذا قسم الامام
لا عن اجتهاد لان حكم الملك لا يثبت بدونه وقيل الكراهة وهو كراهة
تنزيه عند محمد فانه قال على قول ابي حنيفة وابي يوسف لا يجوز القسمة
في دار الحرب وعند محمد الافضل ان يقسم في دار الاسلام ووجه الكراهة
ان دليل البطلان راجح الا انه تقاعد عن سلب الجواز فلا يتقاعد عن
ايراث الكراهة قال والردء والمقاتل في العسكر سواء لاستوائهم
في السبب وهو المجاوزة او شهود الوقعة على ما عرف وكذلك اذا لم
يقاتل لمرض او غيره لما ذكرنا واذا لحقهم المدد في دار الحرب قبل ان يخرجوا
الغنيمة الى دار الاسلام شاركوهم فيها خلافا للشافعي رحمه الله بعد
انقضاء القتال وهو ينبني على ما مهدناه من الاصل وانما ينقطع حق
المشاركة عندنا بالاحراز او بقسمة الامام في دار الحرب او ببيعه المغانم
فيها لان بكل منها يتم الملك فتنقطع شركة المدد ولا حق لاهل سوق العسكر
في الغنيمة الا ان يقاتلوا وقال الشافعي في احد قوليه يسهم لهم لقوله عليه
السلام الغنيمة لمن شهد الوقعة ولانه وجد الجهاد معنى بتكثير السواد
ولنا انه لم توجد المجاوزة على قصد القتال فانعدم السبب الظاهر فيعتبر
السبب الحقيقي وهو القتال فيفيد الاستحقاق على حسب حاله فارسا
او راجلا عند القتال وما رواه موقوف على عمر رضي الله عنه او تاويله
ان يشهدها على قصد القتال وان لم يكن للامام حمولة يحمل عليها الغنائم قسمها
بين الغانمين قسمة ايداع ليحملوها الى دار الاسلام ثم يرتجعها منهم
فيقسمها قال رضي الله عنه هكذا ذكر في المختصر ولم يشترط رضاهم وهو

رواية السير الكبير والجملة في هذا ان الامام اذا وجد في المغنم حمولة يحمل
المغانم عليها لان الحمولة والمحمول لهم وكذا اذا كان في بيت المال فضل
حمولة لانه مال المسلمين ولو كان للغانمين او لبعضهم لا يجبرهم في رواية
السير الصغير لانه ابتداء اجارة وصار كما اذا نفقت دابته في مفازة
ومع رفيقه فضل حمولة ويجبرهم في رواية السير الكبير لانه دفع الضرر
العام بتحميل ضرر خاص ولا يجوز بيع الغنائم قبل القسمة في دار الحرب
لانه لا ملك قبلها وفيه خلاف الشافعي وقد بينا الاصل ومن مات
من الغانمين في دار الحرب فلا حق له في الغنيمة ومن مات منهم بعد
اخراجها الى دار الاسلام فنصيبه لورثته لان الارث يجري في الملك
ولا ملك قبل الاحراز وانما الملك بعده وقال الشافعي رحمه الله
من مات بعد استقرار الهزيمة يورث نصيبه لقيام الملك فيه عنده
وقد بيناه ولا باس بان يعلفوا العسكر في دار الحرب ويأكلوا ما وجدوه
من الطعام قال رضي الله عنه ارسل ولم يقيده بالحاجة وقد شرطها
في رواية ولم يشترطها في اخرى وجه الاولى انه مشترك فلا يباح الا
نتفاع به الا للحاجة كما في الثياب والدواب ووجه الاخرى قوله عليه
السلام في طعام خيبر كلوها واعلفوها ولا تحملوها ولان الحكم
يدار على دليل الحاجة وهو كونه في دار الحرب لان الغازي لا يستصحب
قوت نفسه وعلف ظهره مدة مقامه فيها والميرة منقطعة فبقي على
اصل الاباحة للحاجة بخلاف السلاح لانه يستصحبه فانعدم دليل
الحاجة وقد تمس اليه فتعتبر حقيقتها فيستعمله ثم يرده في المغنم اذا
استغنى عنه والدابة مثل السلاح والطعام كالخبز واللحم وما يستعمل
فيه كالسمن والزيت قال ويستعملوا الحطب وفي بعض النسخ الطيب
ويدهنوا بالدهن ويوقحوا به الدابة لمساس الحاجة الى جميع ذلك و
يقاتلوا بما يجدونه من السلاح كل ذلك بلا قسمة وتأويله اذا احتاج
اليه بان لم يكن له سلاح وقد بيناه ولا يجوز ان يبيعوا من ذلك شيئا
ولا يتمولونه لان البيع يترتب على الملك ولا ملك على ما قدمناه وانما
هو اباحة وصار كالمباح له الطعام وقوله ولا يتمولونه اشارة الى
انهم لا يبيعونه بالذهب والفضة والعروض لانه لا ضرورة الى ذلك
فان باعه احدهم رد الثمن الى الغنيمة لانه بدل عين كانت للجماعة واما الثياب

والمتاع يكره الانتفاع بها قبل القسمة من غير حاجة للاشتراك الا انه يقسم
الامام بينهم في دار الحرب اذا احتاجوا الى الثياب والدواب والمتاع لان
المحرم يستباح للضرورة فالمكروه اولى وهذا لان حق المدد محتمل وحاجة
هؤلاء متيقن بها فكان اولى بالرعاية ولم يذكروا القسمة في السلاح
ولا فرق في الحقيقة فانه اذا احتاج واحد يباح له الانتفاع به في
الفصلين وان احتاج الكل يقسم في الفصلين بخلاف ما اذا احتاجوا
الى السبي حيث لا يقسم لان الحاجة اليه من فضول الحوائج قال ومن اسلم
منهم معناه في دار الحرب احرز باسلامه نفسه لان الاسلام ينافي ابتداء
الاسترقاق واولاده الصغار لانهم مسلمون باسلامه تبعا وكل مال هو
في يده لقوله عليه السلام من اسلم على مال فهو له ولانه سبقت يده
الحقيقية اليه يد الظاهرين عليه قال او وديعة في يد مسلم او ذمي لانه
في يد صحيحة محترمة ويده كيده فان ظهرنا على الدار فعقاره فيء وقال
الشافعي هو له لانه في يده فصار كالمنقول ولنا ان العقار في يد اهل الدار
وسلطانها اذ هو من جملة دار الحرب فلم يكن في يده حقيقة وقيل
هذا قول ابي يوسف وابي حنيفة الاخر وفي قول محمد وهو قول ابي يوسف
الاول هو كغيره من الاموال بناء على ان اليد حقيقة لا تثبت على العقار عندهما
وعند محمد تثبت قال وزوجته فيء لانها كافرة حربية لا تتبعه في
الاسلام وكذا حملها فيء خلافا للشافعي هو يقول انه مسلم تبعا
كالمنفصل لانه حر لانعدام الحربية عند ذلك واولاده الكبار فيء
لانهم كفار حربيون ولا تبعية ومن قاتل من عبيده فيء لانه لما تمرد على
مولاه خرج من يده وصارت تبعا لاهل دارهم وما كان من ماله في
يد حربي فهو فيء غصبا في يد مسلم او ذمي فهو فيء عند ابي حنيفة وقالا لا
يكون فيئا قال رضي الله عنه كذا ذكر الاختلاف في السير الكبير
وذكر في شرح الجامع الصغير قول ابي يوسف مع ابي حنيفة لهما
ان المال تابع للنفس وقد صارت معصومة باسلامه فتتبعها ماله
فيها وله انه مال مباح فيملك بالاستيلاء والنفس لم تصر معصومة
بالاسلام الا ترى انها ليست بمتقومة الا انه محرم التعرض في الاصل
لكونه مكلفا واباحة التعرض بعارض شره وقد اندفع بالاسلام بخلاف
المال لانه خلق عرضة للامتهان فكان محلا للتملك وليست في يده حكما

فلم يثبت العصمة واذا خرج المسلمون من دار الحرب لم يجز ان يعلفوا دوابها
من الغنيمة ولا ياكلوا منها لان الضرورة قد ارتفعت ولان باخذ باعتبار
ولان الحق قد تاكد حتى يورث نصيبه ولا كذلك قبل الاخراج الى دار
الاسلام ومن فضل معه علف او طعام رده الى الغنيمة معناه اذا
لم يقسم وعن الشافعي مثل قولنا وعنه انه لا يرد اعتبارا بالمتلصص ولنا
ان الاختصاص ضرورة الحاجة وقد زالت بخلاف المتلصص لانه كان احق
به قبل الاحراز فكذا بعده وبعد القسمة به ان كانوا اغنيا وانتفعوا به
ان كانوا محاويج لانه صار في حكم اللقطة لتعذر الرد على الغانمين وان كانوا
انتفعوا به بعد الاحراز يرد قيمته الى المغنم اذا كان لم يقسم وان قسمت
الغنيمة فالغني يتصدق بقيمته والفقير لا شي عليه لقيام القيمة مقام
الاصل فاخذ حكمه والله اعلم **فصل في كيفية القسمة** قال رحمه الله
ويقسم الامام الغنيمة فتخرج خمسها لقوله تعالى فان لله خمسه استثنى
الخمس ويقسم اربعة اخماس بين الغانمين لانه عليه السلام قسمها ثم للفارس
سهمان وللراجل سهم عند ابي حنيفة وقالا للفارس ثلاثة اسهم وهو
قول الشافعي رحمه الله لما روى ابن عمر رضي الله عنهما ان النبي عليه السلام
سهم للفارس ثلاثة اسهم وهو قول الشافعي لما روى ابن عمر رضي الله عنهما
سهم للفارس ثلاثة اسهم وللراجل سهم ولان الاستحقاق بالغناء وغناؤه
ثلاثة امثال الراجل لانه للكر والفر والثبات والراجل للثبات لا غير
ولابي حنيفة رحمه الله ما روى ابن عباس رضي الله عنهما ان النبي عليه السلام
اعطى الفارس سهمين والراجل سهما فتعارض فعلاه فيرجع الى قوله
وقد قال عليه السلام للفارس سهمان وللراجل سهم كيف وقد
روي عن ابن عمر رضي الله عنه ان النبي عليه السلام قسم للفارس سهمين
واذا تعارضت روايتاه ترجح رواية غيره ولان الكر والفر من جنس
واحد فيكون غناؤه مثلي غناء الراجل فيفضل عليه بسهم ولانه يتعذر اعتبار
مقدار الزيادة لتعذر معرفته فيدار الحكم على سبب ظاهر وللفارس
سببان النفس والفرس وللراجل سبب واحد فكان استحقاقه على ضعفه
ولا يسهم الا لفرس واحد وقال ابو يوسف يسهم لفرسين لان الواحد
قد يعيى فيحتاج الى الاخر ولهما ان البراء بن اوس قاد فرسين فلم يسهم
رسول الله عليه السلام الا لفرس واحد ولان القتال لا يتحقق بفرسين

دفعة واحدة فلا يكون السبب الظاهر مفضيا الى القتال عليهما فيسهم
لواحد ولهذا لا يسهم لثلاثة افراس وما رواه محمول على التنفيل كما اعطى
سلمة بن الاكوع سهمين وهو راجل والبراذين والعراب سواء لان
الارهاب مضاف الى جنس الخيل في الكتاب قال الله تعالى ومن
رباط الخيل ترهبون به عدو الله واسم الخيل ينطلق على البراذين والعراب و
والهجين والمقرف اطلاقا واحدا ولان العربي ان كان في الطلب والهرب
اقوى فالبرذون اصبر والين عطفا ففي كل منهما منفعة معتبرة فا
فاستويا ومن دخل دار الحرب فارسا فنفق فرسه استحق سهم الفرسان
ومن دخل راجلا فاشترى فرسا استحق سهم راجل وجواب الشافعي على
عكسه وهكذا روى ابن المبارك عن ابي حنيفة في الفصل الثاني انه
يستحق سهم الفرسان والحاصل ان المعتبر عندنا حالة المجاوزة وعنده
حال انقضاء الحرب له ان السبب هو القهر والقتال فيعتبر حال الشخص
عنده والمجاوزة وسيلة الى السبب كالخروج من البيت وتعلق الا
حكام بالقتال بدليل على امكان الوقوف عليه ولو تعذر او تعسر
تعلق بشهود الوقعة لانه اقرب الى القتال ولنا ان المجاوزة نفسها
قتال لانه يلحقهم الخوف بها والحال بعدها حالة الدوام ولا معتبر بها
ولان الوقوف على حقيقة القتال متعسر وكذا على شهود الوقعة
لانه حال التقاء الصفين فتقام المجاوزة مقامه اذ هو السبب المفضي
اليه ظاهرا اذا كان على قصد القتال فيعتبر حال الشخص حالة المجاوزة
فارسا وراجلا ولو دخل فارسا وقاتل راجلا لضيق المكان يستحق
سهم الفرسان بالاتفاق ولو دخل فارسا ثم باع فرسه او وهب او
آجر او رهن ففي رواية الحسن عن ابي حنيفة يستحق سهم الفرسان اعتبارا
للمجاوزة وفي ظاهر الرواية يستحق سهم الرجالة لان الاقدام على هذه
التصرفات يدل على انه لم يكن من قصده بالمجاوزة القتال فارسا
ولو باعه بعد الفراغ لم يسقط سهم الفرسان وكذا اذا باع في حالة
القتال عند البعض والاصح انه يسقط لان البيع يدل على ان غرضه
التجارة فيه الا انه ينتظر عزته ولا يسهم لمملوك ولا امراة ولا صبي ولا ذ
مي ولكن يرضخ لهم على حسب ما يرى الامام لما روي ان النبي عليه السلام
كان لا يسهم للنساء والصبيان والعبيد وكان يرضخ لهم فلما استعان

عليه السلام باليهود على اليهود لم يعطهم شيا من الغنيمة يعني لم يسهم
لهم ولان الجهاد عبادة والذمي ليس من اهله والمراة والصبي عاجزان عنه
ولهذا لم يلحقهما فرضه والعبد لا يمكنه المولى وله منعه الا انه يرضخ لهم
تحريضا على القتال مع اظهار انحطاط رتبتهم والمكاتب بمنزلة العبد
لقيام الرق وتوهم عجزه فيمنعه المولى عن الخروج الى القتال ثم العبد
انما يرضخ لها اذا كانت تداوي الجرحى وتقوم على المرضى لانها عاجزة عن
حقيقة القتال فيقام هذا النوع من الاعانة مقام القتال بخلاف
العبد لانه قادر على حقيقة القتال والذمي انما يرضخ له اذا قاتل او دل
على الطريق ولم يقاتل لان فيه منفعة للمسلمين الا انه يزاد على السهم
في الدلالة اذا كانت فيه منفعة عظيمة ولا يبلغ به السهم اذا قاتل
لانه جهاد والاول ليس من عمله ولا يسوى بينه وبين المسلم في حكم الجهاد
واما الخمس فيقسم على ثلاثة اسهم سهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم
لابن السبيل يدخل فقراء ذوي القربى فيهم ويقدمون ولا يدفع الى
اغنيائهم وقال الشافعي رحمه الله لهم خمس الخمس يستوي فيه غنيهم
وفقيرهم ويقسم بينهم للذكر مثل حظ الانثيين ويكون لبني هاشم
وبني المطلب دون غيرهم لقوله تعالى ولذي القربى من غير فصل بين
الغني والفقير ولنا ان الخلفاء الاربعة الراشدين قسموه على ثلثة
اسهم على نحو ما قلناه وكفى بهم قدوة وقال عليه السلام يا معشر
بني هاشم ان الله تعالى كره لكم غسالة الناس واوساخهم وعوضكم
منها بخمس الخمس والعوض انما يثبت في حق من تثبت في حقه المعوض وهم
الفقراء والنبي عليه السلام اعطاهم للنصرة الا ترى انه علل فقال
انهم لن يزالوا معي في الجاهلية والاسلام وشبك بين اصابعه دل انه المراد
من النص قرب النصرة لا قرب القرابة قال فاما هكذا ذكر الله تعالى
في الخمس فانه لافتتاح الكلام تبركا باسمه وسهم النبي عليه السلام سقط
بموته كما سقط الصفي لانه عليه السلام كان يستحقه برسالته ولا رسول
بعده والصفي شيء كان النبي عليه السلام يصطفيه لنفسه من الغنيمة
مثل درع او سيف او جارية وقال الشافعي رحمه الله يصرف سهم
الرسول الى الخليفة والحجة عليه ما قدمناه قال وسهم ذوي القربى
كانوا يستحقونه في زمن النبي عليه السلام بالنصرة لما روينا قال وبعده بالفقر

قال رضي الله عنه هذا الذي ذكره قول الكرخي وقال الطحاوي الفقير منهم ساقط
ايضا لما روينا من الاجماع ولان فيه معنى الصدقة نظرا الى المصرف
فيحرمه كما حرم العمالة وجه الاول وقيل هو الاصح ما روي ان عمر رضي الله عنه
اعطى الفقراء منهم والاجماع انعقد على سقوط حق الاغنياء اما فقراؤهم
يدخلون في الاصناف الثلاثة واذا دخل الواحد او الاثنان دار الحرب
مغيرين بغير اذن الامام فاخذوا شيا لم يخمس لان الغنيمة هو المأخوذ
قهرا وغلبة لا اختلاسا وسرقة والخمس وظيفتها ولو دخل الواحد
او الاثنان باذن الامام ففيه روايتان والمشهور انه يخمس لانه لما اذن
لهم الامام فقد التزم نصرتهم بالامداد فصار كالمنعة فان دخلت
جماعة لها منعة فاخذوا شيا خمس وان لم ياذن لهم الامام لانه مأخوذ
قهرا وغلبة فكان غنيمة ولانه يجب على الامام ان ينصرهم اذ لو
خذلهم كان فيه وهن المسلمين بخلاف الواحد والاثنين لانه لا يجب
عليه نصرتهم والله اعلم

فصل في التنفيل

قال رحمه الله ولا باس بان ينفل الامام في حال القتال ويحرض به على القتال فيقول
من قتل قتيلا فله سلبه او يقول للسرية قد جعلت لكم الربع بعد الخمس
معناه بعد ما رفع الخمس لان التحريض مندوب اليه قال الله تعالى
يا ايها النبي حرض المؤمنين على القتال وهذا نوع تحريض ثم قد يكون
التنفيل بما ذكر وقد يكون بغيره الا انه لا ينبغي للامام ان ينفل بكل
المأخوذ لان فيه ابطال حق الكل فان فعله مع السرية جاز لان التصرف
اليه وقد يكون المصلحة فيه ولا ينفل بعد احراز الغنيمة بدار الاسلام
لان حق الغير تأكد فيه بالاحراز قال الا من الخمس لانه لا حق للغانمين
في الخمس واذا لم يجعل السلب للقاتل فهو من جملة الغنيمة والقاتل
وغيره في ذلك سواء وقال الشافعي رحمه الله السلب للقاتل
فهو من جملة الغنيمة اذا كان من اهل ان يسهم له وقد قتله مقبلا
لقوله عليه السلام من قتل قتيلا فله سلبه والظاهر انه نصب شرع
لانه بعث له ولان القاتل مقبلا اكثر غناء فيختص بسلبه اظهارا للتفاوت
بينه وبين غيره ولنا انه مأخوذ بقوة الجيش فيكون غنيمة فيقسم قسمة
الغنائم كما نطق به النص وقال عليه السلام لحبيب ابن ابي سلمة ليس
لك من سلب قتيلك الا ما طابت به نفس امامك وما رواه يحتمل نصب

الشرع ويحمل المستعمل يحمله على الثاني لما روينا وزيادة الغنا لا تعتبر في جنس واحد لما ذكرناه والسلب ما على المقتول من ثيابه وسلاحه وكذا ما على مركبه من السرج والآلة وكذا ما معه على الدابة من ماله في حقيبته او على وسطه وما عدا ذلك فليس بسلب وما كان مع غلامه على دابة اخرى فليس بسلبه ثم حكم التنفيل قطع حق الباقين فاما الملك فانما يثبت بعد الاحراز بدار الاسلام لما مر من قبل حتى لو قال الامام من اصاب جارية فهي له فاصابها مسلم واستبراها لم يحل له وطؤها وكذا لا يبيعها وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد له ان يطأها ويبيعها لان التنفيل يثبت به الملك عنده كما يثبت بالقسمة في دار الحرب وبالشراء من الحربي ووجوب الضمان بالاتلاف وقد قيل على هذا الاختلاف

باب استيلاء الكفار

واذا غلب الترك على الروم فسبوهم واخذوا اموالهم ملكوها لان الاستيلاء قد تحقق في مال مباح وهو السبب على ما نبينه ان شاء الله فان غلبنا على الترك حل لنا ما نجده من ذلك اعتبارا بسائر املاكهم وان غلبوا على اموالنا واحرزوها بدارهم ملكوها وقال الشافعي رحمه الله لا يملكونها لان الاستيلاء محظور ابتداء وانتهاء والمحظور لا ينتهض سببا على ما عرف من قاعدة الخصم ولنا ان الاستيلاء ورد على مال مباح فينعقد سببا للملك دفعا لحاجة المكلف كاستيلائنا على اموالهم وهذا لان العصمة تثبت على منافاة الدليل ضرورة تمكن المالك من الانتفاع فاذا زالت المكنة عاد مباحا كما كان غير ان الاستيلاء لا يتحقق الا بالاحراز بالدار لانه عبارة عن الاقتدار على المحل حالا ومآلا والمحظور لغيره اذا صلح سببا لكرامة تفوق الملك وهو الثواب الآجل فما ظنك بالملك العاجل فان ظهر عليها المسلمون فوجدها المالكون قبل القسمة فهي لهم بغير شيء وان وجدوها بعد القسمة اخذوها بالقيمة ان احبوا لقوله عليه السلام فيه ان وجدته قبل القسمة فهو لك بغير شيء وان وجدته بعد القسمة فهو لك بالقيمة ولان المالك القديم زال ملكه بغير رضاه وكان له حق الاخذ نظرا له الا ان في الاخذ بعد القسمة ضررا بالماخوذ منه بازالة ملكه الخاص فياخذه بالقيمة ليعتدل النظر من الجانبين والشركة قبل القسمة عامة فيقل الضرر فياخذه

بغير

بالقيمة

بغير قيمة وان دخل دار الحرب تاجر فاشترى ذلك واخرجه الى دار الاسلام فمالكه الاول بالخيار ان شاء اخذه بالثمن الذي اشتراه وان شاء تركه لانه يتضرر بالاخذ مجانا الا ترى انه دفع العوض بمقابلته فكان اعتدال النظر فيما قلناه ولو اشتراه بعرض ياخذه بقيمة العرض ولو وهبوه لمسلم ياخذه بقيمته لانه ثبت له ملك خاص فلا يزال الا بالقيمة ولو كان مغنوما وهو مثلي ياخذه قبل القسمة ولا ياخذه بعدها لان الاخذ بالمثل غير مفيد وكذا اذا كان موهوبا لا ياخذه لما قلنا وكذا اذا كان مشترى بمثله قدرا ووصفا قال فان اسروا عبدا فاشتراه رجل فاخرجه الى دار الاسلام ففقئت عينه واخذ ارشها فان المولى ياخذه بالثمن الذي اخذ به من العدو اما الاخذ بالثمن فلما قلنا ولا ياخذ الارش لان الملك فيه صحيح ولو اخذه اخذه بمثله وهو لا يفيد ولا يحط شيء من الثمن لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن بخلاف الشفعة لان الصفقة لما تحولت الى الشفيع صار المشتري في يد المشتري بمنزلة المشترى شراء فاسدا والاوصاف تضمن فيه كما في الغصب اما ها هنا الملك صحيح فافترقا وان اسروا عبدا فاشتراه رجل بالف درهم فاسروه ثانية وادخلوه دار الحرب فاشتراه رجل آخر بالف درهم فليس للمولى الاول ان ياخذه من الثاني لان الاسر ما ورد على ملكه وللمشتري الاول ان ياخذه من الثاني بالثمن لان الاسر ورد على ملكه ثم ياخذه المالك القديم بالفين ان شاء لانه قام عليه بالثمنين فياخذه بهما وكذا اذا كان الماسور منه الثاني غائبا ليس للاول ان ياخذه اعتبارا بحال حضرته ولا يملك علينا اهل الحرب بالغلبة مدبرينا وامهات اولادنا ومكاتبينا واحرارنا ونملك عليهم جميع ذلك لان السبب انما يفيد الحكم في محله والمحل المال المباح والحر معصوم بنفسه وكذا من سواه لانه تثبت الحرية فيه من وجه بخلاف رقابهم لان الشرع اسقط عصمتهم جزاء على جنايتهم وجعلهم ارقاء ولا جناية من هؤلاء واذا ابق عبد المسلم فدخل اليهم فاخذوه لم يملكوه عند ابي حنيفة وقالا يملكونه لان العصمة لحق المالك لقيام يده وقد زالت ولهذا لو اخذوه من دار الاسلام ملكوه وله انه ظهرت يده على نفسه بالخروج من دار الاسلام

لان سقوط اعتباره لتحقق يد المولي عليه تمكينا له من الانتفاع وقد
زالت يد المولي فظهرت يده على نفسه وصار معصوما بنفسه فلم
يبق محلا للملك بخلاف المتردد لان يد المولي باقية لقيام يد اهل
الدار فمنع ظهور يده واذا لم يثبت الملك لهم عند ابي حنيفة ياخذه
المالك القديم بغير شي موهوبا كان او مشتري او مغنوما قبل
القسمة وبعد القسمة يودي عوضه من بيت المال لانه لا يمكن اعادة
القسمة لتفرق الغانمين وتعذر اجتماعهم وليس له على المالك جعل
الابق لانه عامل لنفسه اذ في زعمه انه ملكه وان ند بعير اليهم
فاخذوه ملكوه لتحقق الاستيلا اذ لا يد للعجما لتظهر عند
الخروج من دارنا بخلاف العبد على ما ذكرنا وان ابق عبد اليهم وذهب
معه بفرس ومتاع فاخذ المشركون ذلك كله واشتراه رجل واخرجه الي
دار الاسلام فان المولي ياخذ العبد بغير شي والفرس والمتاع بالثمن وهذا عند ابي حنيفة وقالا
ياخذ العبد وما معه بالثمن ان شا اعتبارا لحالة الاجتماع بحالة
الانفراد وقد بينا الحكم في كل فرد واذا دخل الحربي دارنا بامان واشتري
عبدا مسلما وادخله دار الحرب عتق عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا
لا يعتق لان الازالة كانت مستحقة بطريق معين وهو البيع وقد
انقطعت ولاية الجبر عليه فبقي في يده عبدا ولابي حنيفة ان تخليص
المسلم عن ذل الكافر واجب فيقام الشرط وهو تباين الدارين مقام
العلة وهو الاعتاق تخليصا له كما يقام مضي ثلاث حيض مقام التفريق
فيما اذا اسلم احد الزوجين في دار الحرب واذا اسلم عبد لحربي ثم خرج
الينا او ظهر على الدار فهو حر وكذلك اذا خرج عبيدهم الي عسكر
المسلمين فهم احرار لما روي ان عبيدا من عبيد الطايف اسلموا وخرجوا
الي رسول الله عليه السلام فقضي بعتقهم وقال هم عتقا الله تعالي
ولانه احرز نفسه بالخروج الينا مراغما لمولاه او بالالتحاق بمنعة المسلمين
اذا ظهر على الدار واعتبار يده اولي من اعتبار يد المسلمين لانها اسبق
ثبوتا على نفسه والحاجة في حقه الي زيادة توكيد وفي حقهم الي الاثبات
ابتدا فلهذا كان اولي

باب المستامن

واذا دخل المسلم دار الحرب تاجرا فلا يحل له ان يتعرض لشي من اموالهم

ولا

ولا من دمايهم لانه ضمن ان لا يتعرض لهم بالاستيمان فالتعرض بعد ذلك
غدر والغدر حرام الا اذا غدر بهم ملكهم فاخذ اموالهم او حبسهم
او فعل غيره بعلم الملك ولم يمنعه لانهم هم الذين نقضوا العهد بخلاف
الاسير لانه غير مستامن فيباح له التعرض وان اطلقوه طوعا فان غدر
بهم اعني التاجر فاخذ شيا وخرج به ملكه ملكا محظورا لورود
الاستيلاء على مال مباح الا انه حصل بسبب الغدر فاوجب ذلك
خبثا فيه فيومر بالتصدق به وهذا لان الحظر لغيره لا يمنع انعقاد
السبب على ما بيناه واذا دخل المسلم دار الحرب بامان فادانه حربي
او ادان حربيا او غصب احدهما صاحبه ثم خرج الينا واستامن الحربي
لم يقض لواحد منهما على صاحبه بشي اما الادانة فلان القضاء يعتمد
الولاية ولا ولاية وقت الادانة اصلا ولا وقت القضاء على المستامن
لانه ما التزم حكم الاسلام فيما مضي من افعاله وانما التزم ذلك
في المستقبل واما الغصب فلانه صار ملكا للذي غصبه واستولي عليه
لمصادفته مالا غير معصوم على ما بيناه وكذلك لو كانا حربيين فعلا
ذلك ثم خرجا مستامنين لما قلنا ولو خرجا مسلمين قضي بالدين
بينهما ولم يقض بالغصب اما المداينة فلانها وقعت صحيحة لوقوعها
بالتراضي والولاية ثابتة حالة القضاء لالتزامهما الاحكام بالاسلام
واما الغصب فلما بينا انه ملكه فلا خبث في ملك الحربي حتى يومر بالرد
واذا دخل المسلم دار الحرب بامان فغصب حربيا ثم خرجا مسلمين امر
برد الغصب ولم يقض عليه اما عدم القضا فلما بينا انه ملكه واما
الامر بالرد ومراده الفتوي به فلانه فسد الملك لما يقارنه من المحرم
وهو نقض العهد واذا دخل مسلمان دار الحرب بامان فقتل احدهما
صاحبه عمدا او خطا فعلي القاتل الدية في ماله وعليه الكفارة في الخطا
اما الكفارة فلاطلاق الكتاب والدية لان العصمة الثابتة بالاحراز
بدار الاسلام لا تبطل بعارض الدخول بالامان وانما لا يجب القصاص
لانه لا يمكن استيفاوه الا بمنعة ولا منعة دون الامام وجماعة المسلمين
ولم يوجد ذلك في دار الحرب وانما تجب الدية في ماله في العمد لان العواقل
لا تعقل العمد وفي الخطا لانه لا قدرة لهم على الصيانة مع تباين الدارين
والوجوب عليهم على اعتبار تركها وان كانا اسيرين فقتل احدهما صاحبه

او قتل مسلم تاجرا اسيرا فلا شيء على القاتل الا الكفارة عند ابي حنيفة
وقالا في الاسيرين الدية في الخطا والعمد لان العصمة لا تبطل بعارض
الاسر كما لا يبطل بعارض الاستيمان على ما بيناه وامتناع القصاص
لعدم المنعة وتجب الدية في ماله لما قلنا ولابي حنيفة ان بالاسار
يتبعهم لصيرورته مقهورا في ايديهم ولهذا يصير مقيما باقامتهم ومسافرا
بسفرهم فيبطل به الاحراز اصلا وصار كالمسلم الذي لم يهاجر الينا و
خص الخطا بالكفارة لانه لا كفارة في العمد عندنا **فصل** واذا
دخل الحربي الينا مستامنا لم يمكن ان يقيم في دارنا سنة ويقول له
الامام ان اقمت تمام السنة وضعت عليك الجزية والاصل ان الحربي
لا يمكن من اقامة دائمة في دارنا الا باسترقاق او جزية لانه يصير عينا
لهم وعونا علينا فتلحق المضرة بالمسلمين ويمكن من الاقامة اليسيرة لان
في منعها قطع الميرة والجلب وسد باب التجارة ففصلنا بينهما بسنة لانها
مدة تجب فيها الجزية فتكون الاقامة لمصلحة الجزية ثم ان رجع بعد مقالة
الامام قبل تمام السنة الى وطنه فلا سبيل عليه وان مكث سنة فهو
ذمي لانه لما اقام سنة بعد تقدم الامام اليه صار ملتزما الجزية فيصير
ذميا وللامام ان يوقت في ذلك ما دون السنة كالشهر والشهرين واذا
اقامها بعد مقالة الامام يصير ذميا لما قلنا ثم لا يترك ان يرجع الى
دار الحرب لان عقد الذمة لا ينقض كيف وان فيه قطع الجزية وجعل
ولده حربا علينا وفيه مضرة بالمسلمين فان دخل الحربي دارنا بامان
واشترى ارض خراج فاذا وضع عليه الخراج فهو ذمي لان خراج الارض
بمنزلة خراج الراس فاذا التزمه صار ملتزما المقام في دارنا اما بمجرد الشرا
لا يصير ذميا لانه قد يشتريها للتجارة واذا لزمه خراج الارض فبعد ذلك
تلزمه الجزية لسنة مستقبلة لانه يصير ذميا بلزوم الخراج فتعتبر المدة
من وقت وجوبه وقوله في الكتاب فاذا وضع عليه الخراج فهو ذمي
تصريح بشرط الوضع فيتخرج عليه احكام جمة فلا يغفل عنه واذا دخلت
حربية بامان فتزوجت ذميا صارت ذمية لانها التزمت المقام تبعا
للزوج واذا دخل حربي بامان فتزوج ذمية لم يصر ذميا لانه يمكنه ان
يطلقها فيرجع الى بلده فلم يكن ملتزما المقام ولو ان حربيا دخل دارنا
بامان ثم عاد الى دار الحرب وترك وديعة عند مسلم او ذمي ودينا في ذمتهم

فقد

فقد صار دمه مباحا بالعود لانه ابطل امانه وما في دار الاسلام من ماله
على خطر فان اسر او ظهر على الدار فقتل سقطت ديونه وصارت الوديعة
فيئا اما الوديعة فلانها في يده تقديرا لان يد المودع كيده فيصير فيئا
تبعا لنفسه واما الدين فلان اثبات اليد عليه بواسطة المطالبة وقد
سقطت ويد من عليه اسبق اليه من يد العامة فيختص به فيسقط وان
قتل ولم تظهر على الدار فالقرض والوديعة لورثته وكذا اذا مات
لان نفسه لم تصر مغنومة فكذا ماله وهذا لان حكم الامان باق في
ماله فيرد عليه او على ورثته من بعده **قال** وما اوجف المسلمون
عليه من اموال اهل الحرب بغير قتال يصرف في مصالح المسلمين كما يصرف
الخراج قالوا هو مثل الاراضي التي اجلوا اهلها عنها والجزية ولا خمس في ذلك
وقال الشافعي رحمه الله فيهما الخمس اعتبارا بالغنيمة ولنا ما روي
انه عليه السلام اخذ الجزية وكذا عمر ومعاذ رضي الله عنهما ووضع في
بيت المال ولم يخمس ولانه مال ماخوذ بقوة المسلمين من غير قتال بخلاف
الغنيمة لانه مملوك بمباشرة الغانمين وبقوة المسلمين فاستحق الخمس
بمعنى واستحقه الغانمون بمعنى وفي هذا السبب واحد وهو ما ذكرنا
فلا معنى لايجاب الخمس واذا دخل الحربي دارنا بامان وله امراة في دار
الحرب واولاد صغار وكبار ومال اودع بعضه ذميا وبعضه حربيا
وبعضه مسلما فاسلم ههنا ثم ظهر على الدار فذلك كله فيء اما المراة
واولاده الكبار فظاهر لانهم حربيون كبار وليسوا باتباع وكذلك
ما في بطنها لو كانت حاملا لما قلنا واما اولاده الصغار فلان الصغير
انما يصير مسلما بتبع الاسلام ابيه اذا كان في يده وتحت ولايته ومع
تباين الدارين لا يتحقق ذلك وكذا امواله لا تصير محرزة باحرازه نفسه
لاختلاف الدارين فبقي الكل فيئا وغنيمة وان اسلم في دار الحرب ثم
جا فظهر على الدار فاولاده الصغار احرار مسلمون تبعا لابيهم لانهم كانوا
تحت ولايته حين اسلم اذ الدار واحدة وما كان من مال اودعه مسلما
او ذميا فهو له لانه في يد محترمة ويده كيده وما سوى ذلك فيء اما المراة
معصوما واولاده الكبار فلما قلنا واما المال الذي في يد الحربي فلانه
لم يصر معصوما لان يد الحربي ليست يدا محترمة واذا اسلم الحربي في دار الحرب
فقتله مسلم عمدا او خطا وله ورثة مسلمون هناك فلا شيء عليه الا الكفارة

في الخطاء فقال الشافعي رحمه الله يجب الدية في الخطاء والقصاص في العمد
لانه اراق دما معصوما لوجود العاصم وهو الاسلام لكونه مستجلبا
للكرامة وهذا لان العصمة اصلها المؤثمة لحصول اصل الزجر بها وهي
ثابتة اجماعا والمقومة كمال فيه لكمال الامتناع به فيكون وصفا فيه
فيتعلق بما علق به الاصل ولنا قوله تعالى وان كان من قوم عدو لكم
وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة الاية جعل التحرير كل الموجب رجوعا
الى حرف الفاء والى كونه كل المذكور فينتفي غيره ولان العصمة المؤثمة
بالادمية لان الادمي خلق متحملا اعباء التكاليف والقيام بها بحرمة
التعرض والاموال تابعة لها اما المقومة فالاصل فيها الاموال لان
التقوم يؤذن بجبر الفائت وذلك في الاموال دون النفوس لان من
شرطه التماثل وهو في المال دون النفس فكانت النفوس تابعة ثم العصمة
المقومة في الاموال بالاحراز بالدار لان العز بالمنعة فكذلك في النفوس
الا ان الشرع اسقط اعتبار منعة الكفرة لما انه اوجب ابطالها والمسلم
والمستامن في دارنا من اهل دارهم حكما لقصدهما الانتقال اليها ومن
قتل مسلما خطاء لا ولي له او قتل حربيا دخل الينا بامان فاسلم فالدية
على عاقلته للامام وعليه الكفارة لانه قتل نفسا معصومة خطاء فتعتبر
بسائر النفوس المعصومة ومعنى قوله للامام ان حق الاخذ له لانه
لا وارث له وان كان عمدا فان شاء الامام قتله وان شاء اخذ الدية لان
النفس معصومة والقتل عمد والولي معلوم وهو العامة او السلطان
قال عليه السلام السلطان ولي من لا ولي له وقوله ان شاء اخذ الدية
معناه بطريق الصلح لان موجب العمد هو القود عينا وهذا لان الدية
انفع في هذه المسئلة من القود فلهذا كان له ولاية الصلح على المال و
ليس له ان يعفو لان الحق للعامة وولايته نظرية وليس من النظر اسقاط
حقهم من غير عوض والله اعلم

باب العشر والخراج

قال ارض العرب كلها ارض عشر وهو ما بين العذيب الى اقصى حجر باليمن بمهرة
الى حد الشام والسواد ارض خراج وهو ما بين العذيب الى عقبة حلوان
ومن الثعلبية ويقال من العلث الى عبادان لان النبي عليه السلام والخلفاء
الراشدين لم ياخذوا الخراج من اراضي العرب ولانه بمنزلة الفيء فلا
تثبت في اراضيهم كما لا تثبت في رقابهم وهذا لان موضع الخراج من شرطه

ان يقر اهلها على الكفر كما في سواد العراق ومشركوا العرب لا يقبل منهم الا
الاسلام او السيف وعمر رضي الله عنه حين فتح السواد وضع الخراج عليها
بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ووضع على مصر حين افتتحها عمرو بن العاص
وكذا اجتمعت الصحابة على وضع الخراج على الشام قال وارض السواد
مملوكة لاهلها يجوز بيعهم لها وتصرفهم فيها لان الامام اذا فتح ارضا عنوة
وقهرا له ان يقر اهلها عليه ويضع عليها وعلى رؤسهم الخراج فتبقى الارض
مملوكة لاهلها وقد قدمناه من قبل قال وكل ارض اسلم اهلها
او فتحت عنوة وقسمت بين الغانمين فهي ارض عشر لان الحاجة الى ابتداء
التوظيف على المسلم والعشر اليق به لما فيه من معنى العبادة وكذا هو
اخف حيث يتعلق بنفس الخارج وكل ارض فتحت عنوة واقر اهلها عليها
فهي ارض خراج وكذا اذا صالحهم لان الحاجة الى ابتداء التوظيف على
الكافر والخراج اليق به ومكة مخصوصة من هذا فان رسول الله صلى الله
عليه وسلم فتحها عنوة وتركها لاهلها ولم يوظف الخراج وفي الجامع الصغير
كل ارض فتحت عنوة فوصل اليها ماء الانهار فهي ارض خراج وما لم يصل
اليها ماء الانهار واستخرج منها عين فهي ارض عشر لان العشر يتعلق بالارض
النامية ونماؤها بمائها فيعتبر السقي بماء العشر او الخراج قال ومن احيا
مواتا فهي عند ابي يوسف معتبرة بحيزها فان كانت من حيز ارض الخراج
ومعناه يقربه فهي خراجية وان كانت من حيز ارض العشر فهي عشرية
والبصرة عنده عشرية باجماع الصحابة رضي الله عنهم لان حيز الشيء يعطى له
حكمه كفناء الدار يعطى له حكم الدار حتى يجوز لصاحبها الانتفاع به وكذا
لا يجوز اخذ ما قرب من العامر وكان القياس في البصرة ان يكون خراجية
لانها من حيز ارض الخراج الا ان الصحابة رضي الله عنهم وظفوا عليها العشر
فترك القياس لاجماعهم وقال محمد رحمه الله ان احياها ببئر حفرها او بعين
استخرجها او بماء دجلة والفرات والانهار العظام التي لا يملكها احد
فهي عشرية وكذا ان احياها بماء السماء وان احياها بماء الانهار التي احتفرها
الاعاجم مثل نهر الملك ونهر يزدجرد فهي خراجية لما ذكرنا من اعتبار الماء
اذ هو السبب للنماء ولانه لا يمكن توظيف الخراج ابتداء على المسلم كرها
فيعتبر في ذلك الماء لان السقي بماء الخراج دلالة التزامه والخراج الذي وضعه
عمر رضي الله عنه على اهل السواد من كل جريب الكرم المتصل والنخل المتصل

عشرة دراهم هذا هو المنقول عن عمر رضي الله عنه فانه بعث عثمان بن حنيف
حتى يمسح سواد العراق وجعل حذيفة مشرفا عليه فمسح فبلغ ستا وثلاثين
الف الف جريب ووضع على ذلك ما قلنا وكان ذلك بمحضر من الصحابة
رضي الله عنهم من غير نكير وكان اجماعا منهم ولان المؤن متفاوتة فالكرم
اخفها مؤنة والمزارع اكثرها مؤنة والرطاب بينهما والوظيفة تتفاوت
بتفاوتها فجعل الواجب في الكرم اعلاها وفي الزرع ادناها وفي الرطبة اوسطها
قال وما سوى ذلك من الاصناف كالزعفران والبستان وغيره يوضع
عليها بحسب الطاقة لانه ليس فيه توظيف عمر رضي الله عنه وقد اعتبر الطاقة
في ذلك فنعتبرها فيما لا توظيف فيه قالوا ونهاية الطاقة ان يبلغ الواجب
نصف الخارج لا يزاد عليه لان التنصيف عين الانصاف لما كان لنا ان نقسم
الكل بين الغانمين والبستان كل ارض يحوطها حائط وفيها نخيل متفرقة
واشجار وفي ديارنا وظفوا من الدراهم في الاراضي كلها وترك كذلك لان
التقدير يجب ان يكون بقدر الطاقة من اي شيء كان قال فان لم تطق
ما وضع عليها نقصها الامام والنقصان عند قلة الريع جائز بالاجماع
الا ترى الى قول عمر رضي الله عنه لعلكما حملتما الارض ما لا تطيق فقالا
بل حملناها ما تطيق ولو زدنا لاطاقت وهذا يدل على جواز النقصان
واما الزيادة عند زيادة الريع يجوز عند محمد رحمه الله اعتبارا با
لنقصان وعند ابي يوسف لا يجوز لان عمر رضي الله عنه لم يزد حين اخبر
بزيادة الطاقة وان غلب على ارض الخراج الماء او انقطع عنها او اصطلم
الزرع آفة فلا خراج عليه لانه فات التمكن من الزراعة وهو النماء التقديري
المعتبر في الخراج وفيما اذا اصطلم الزرع آفة فات النماء التقديري في بعض
الحول وكونه ناميا في جميع الحول شرط كما في مال الزكوة او يدار الحكم
على الحقيقة عند خروج الخارج قال وان عطلها صاحبها فعليه الخراج
الاعلى لانه هو الذي ضيع الزيادة وهذا يعرف ولا يفتى به كيلا لان التمكن
كان ثابتا وهو الذي فوته قالوا من انتقل الى اخس الامرين من غير عذر فعليه
خراج الاعلى لانه هو الذي ضيع الزيادة وهذا يعرف ولا يفتى به كيلا
تتجرأ الظلمة على اخذ اموال الناس ومن اسلم من اهل الخراج اخذ منه
الخراج على حاله لان فيه معنى المؤنة فيعتبر مؤنة في حالة البقاء فامكن
ابقاؤه على المسلم ويجوز ان يشتري المسلم ارض الخراج من الذمي ويؤخذ

منه الخراج لما قلنا وقد صح ان الصحابة اشتروا ارض الخراج وكانوا يؤدون
خراجها فدل على جواز الشراء واخذ الخراج وادائه للمسلم من غير كراهية ولا عشر
في الخارج من ارض الخراج وقال الشافعي يجمع بينهما لانهما حقان مختلفان
وجبا في محلين بسببين مختلفين فلا يتنافيان ولنا قوله عليه السلام لا
يجتمع عشر وخراج في ارض مسلم ولان احدا من ائمة العدل والجور لم يجمع
بينهما وكفى باجماعهم حجة ولان الخراج يجب في ارض فتحت عنوة وقهرا
والعشر في ارض اسلم اهلها طوعا والوصفان لا يجتمعان في ارض واحدة و
سبب الحقين واحد وهو الارض النامية الا انه يعتبر في العشر تحقيقا
وفي الخراج تقديرا ولهذا يضافان الى الارض وعلى هذا الخلاف الزكوة
مع احدهما ولا يتكرر الخراج بتكرر الخارج في سنة لان عمر رضي الله عنه لم
يوظفه مكررا بخلاف العشر لانه لا يتحقق عشرا الا بوجوبه في كل خارج والله اعلم
باب في الجزية وهي على ضربين جزية توضع بالتراضي
والصلح فيتقدر بحسب ما يقع عليه الاتفاق كما صالح رسول الله صلى الله
عليه وسلم نجران على الف ومائتي حلة ولان الموجب هو التراضي فلا يجوز
التعدي الى غير ما وقع عليه وجزية يبتدئ الامام وضعها اذا غلب
الامام على الكفار واقرهم على املاكهم فيضع على الغني الظاهر الغنى
في كل سنة ثمانية واربعين درهما ياخذ منه في كل شهر اربعة دراهم وعلى
اوسط الحال اربعة وعشرين في كل شهر درهمين وعلى الفقير المعتمل اثني عشر
درهما في كل شهر درهما وهذا عندنا وقال الشافعي يضع على كل حالم
دينارا او عدله معافريا من غير فصل ولان الجزية انما وجبت بدلا عن القتل حتى
لا تجب على من لا يجوز قتله بسبب الكفر كالذراري والنسوان وهذا
المعنى ينتظم الفقير والغني ومذهبنا منقول عن عمر وعثمان وعلي رضي الله
عنهم ولم ينكر عليهم احد من المهاجرين والانصار ولانه وجب نصرة
للمقاتلة فتجب على التفاوت بمنزلة خراج الارض وهذا لانه وجب بدلا
عن النصرة بالنفس والمال وذلك يتفاوت بكثرة الوفر وقلته وكذا ما هو
بدله وما رواه محمول على انه كان ذلك صلحا ويوضع الجزية على اهل الكتاب
والمجوس لقوله تعالى من الذين اوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية الآية ووضع
رسول الله عليه السلام الجزية على المجوس قال وعبدة الاوثان من
العجم وفيه خلاف الشافعي رحمه الله هو يقول ان القتال واجب لقوله تعالى

وقال لهم انا عرفنا جواز تركه في حق اهل الكتاب بالكتاب وفي حق
المجوس بالخبر فبقي من وراءهم على الاصل ولنا انه يجوز استرقاقهم فيجوز
ضرب الجزية عليهم قبل ذلك اذ كل واحد منهما يشتمل على سلب النفس منهم فانه
يكتسب ويؤدي الى المسلمين ونفقته في كسبه وان ظهر عليهم قبل
ذلك فهم ونساؤهم وصبيانهم فيء لجواز استرقاقهم ولا توضع
على عبدة الاوثان من العرب ولا المرتدين لان كفرهما قد تغلظ اما مشركو
العرب فلان النبي عليه السلام نشا بين اظهرهم والقران نزل بلغتهم
فالمعجزة في حقهم اظهر واما المرتد فلانه كفر بربه بعدما هدي للاسلام
ووقف على محاسنه فلا يقبل من الفريقين الا الاسلام او السيف زيادة
في العقوبة وعند الشافعي يسترق مشركوا العرب وجوابه ما قلنا واذا ظهر
عليهم فنساؤهم وصبيانهم فيء لان ابا بكر رضي الله عنه استرق نسوان
بني حنيفة وصبيانهم لما ارتدوا وقسمهم بين الغانمين ومن لم يسلم من
رجالهم قتل لما ذكرنا ولا جزية على امراة ولا صبي لانها وجبت بدلا عن
القتل او عن القتال وهما لا يقتلان ولا يقاتلان لعدم الاهلية
ولا زمن ولا اعمى وكذا المفلوج والشيخ الكبير لما بينا وعن ابي يوسف
انه يجب اذا كان له مال لانه يقتل في الجملة اذا كان له راي قال ولا على
فقير غير معتمل خلافا للشافعي رحمه الله له اطلاق حديث معاذ رضي الله عنه
ولنا ان عثمان رضي الله عنه لم يوظفها على فقير غير معتمل وكان ذلك بمحضر
من الصحابة رضي الله عنهم ولان خراج الارض لا يوظف على ارض لا طاقة
لها فكذا هذا الخراج والحديث محمول على المعتمل ولا توضع على المملوك
والمكاتب والمدبر وام الولد لانها بدل عن القتل في حقهم وعن النصرة
في حقنا وعلى اعتبار الثاني لا تجب فلا تجب بالشك ولا يؤدي عنهم مواليهم
لانهم تحملوا الزيادة بسببهم ولا توضع على الرهبان الذين لا يخالطون الناس
كذا ذكر هاهنا وذكر محمد عن ابي حنيفة انه يوضع عليهم اذا كانوا يقدرون
على العمل هو الذي ضيعها فصار كتعطيل الارض الخراجية ووجه الوضع
عنهم انه لا قتل عليهم اذا كانوا لا يخالطون الناس والجزية في حقهم لسقوط
القتل ولا بد ان يكون المعتمل صحيحا ويكتفى بصحته في اكثر السنة ومن اسلم
وعليه جزية سقطت عنه وكذلك اذا مات كافرا خلافا للشافعي فيهما له
انها وجبت بدلا عن العصمة او عن السكنى وقد وصل اليه المعوض فلا يسقط

عنه العوض

عنه العوض بهذا العارض كما في الاجرة والصلح عن دم العمد ولنا قوله عليه
السلام ليس على مسلم جزية ولانها وجبت عقوبة على الكفر ولهذا تسمى
جزية وهي والجزاء واحد وعقوبة الكفر تسقط بالاسلام ولا تقام بعد الموت
ولان شرع العقوبة في الدنيا لا يكون الا لدفع الشر وقد اندفع بالموت
والاسلام ولانها وجبت بدلا عن النصرة في حقنا وقد قدر عليها بنفسه
بعد الاسلام والعصمة تثبت بكونه ادميا والذمي يسكن ملك نفسه
فلا معنى لايجاب بدل العصمة والسكنى وان اجتمعت عليه الحولان تداخلت
الجزية وفي الجامع الصغير ومن لم يؤخذ منه خراج راسه حتى مضت السنة
وجاءت سنة اخرى لم يؤخذ وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو
يوسف ومحمد يؤخذ وان مات عند تمام السنة لم يؤخذ منه في قولهم
جميعا وكذلك ان مات في بعض السنة اما مسالة الموت فقد ذكرناها
وقيل خراج الارض على هذا الخلاف وقيل لا تداخل فيه بالاتفاق لهما
في الخلافية ان الخراج وجب عوضا والاعواض اذا اجتمعت وامكن
استيفاؤها تستوفى وقد امكن فيما نحن فيه بعد توالي السنين بخلاف
ما اذا اسلم لانه تعذر استيفاؤه ولابي حنيفة رحمه الله انها وجبت عقوبة
على الاصرار على الكفر على ما بيناه ولهذا لا يقبل منه لو بعث على يدي
نائبه في اصح الروايات بل يكلف ان ياتي به بنفسه فيعطي قائما والقابض
منه قاعد وفي رواية ياخذ بتلبيبه ويهزه هزا ويقول اعط الجزية يا ذمي
فثبت انه عقوبة والعقوبات اذا اجتمعت تداخلت كالحدود ولانها
وجبت بدلا عن القتل في حقهم وعن النصرة في حقنا كما ذكرنا لكن في
المستقبل لا في الماضي لان القتل انما يستوفى لحراب قائم في الحال لا لحراب
ماض وكذا النصرة في المستقبل لان الماضي وقعت الغنية عنه ثم قول
محمد رحمه الله في الجزية في الجامع الصغير وجاءت سنة اخرى حمله بعض
المشايخ على المضي مجازا وقال الوجوب باخر السنة فلا بد من المضي ليتحقق
الاجتماع فتتداخل وعند البعض هو مجرى على حقيقته والوجوب عند
ابي حنيفة باول الحول فيتحقق الاجتماع بمجرد المجيء والاصح ان الوجوب عنده
في ابتداء الحول وعند الشافعي في اخره اعتبارا بالزكوة ولنا ان ما وجب
بدلا عنه لا يتحقق الا في المستقبل على ما قررناه فتعذر ايجابه بعد مضي الحول
فاوجبناها في اوله **فصل** ولا يجوز احداث بيعة ولا كنيسة في دار

الاسلام لقوله عليه السلام لا خصا في دار الاسلام ولا كنيسة والمراد احداثها
وان انهدمت البيع والكنايس القديمة اعادوها لان الابنية لا تبقى دايما
ولما اقرهم الامام فقد عهد اليهم الاعادة الا انهم لا يمكنون من نقلها
لانه احداث في الحقيقة والصومعة للتخلي فيها بمنزلة البيعة بخلاف
موضع الصلوة في البيت لانه تبع للسكنى وهذا في الامصار دون القرى
لان الامصار هي التي تقام فيها الشعاير فلا تعارض باظهار ما يخالفها
وقيل في ديارنا يمنعون من ذلك في القرى لان فيها بعض الشعاير فلا تعارض
باظهار ما يخالفها والمروي عن صاحب المذهب في قرى الكوفة لان اكثر اهلها
اهل الذمة وفي ارض العرب يمنعون من ذلك في امصارها وقراها لقوله
عليه السلام لا يجتمع دينان في جزيرة العرب قال ويوخذ اهل
الذمة بالتميز عن المسلمين في زيهم ومراكبهم وسروجهم وملابسهم فلا
يركبون الخيل ولا يعملون بالسلاح وفي الجامع الصغير ويوخذ اهل الذمة
باظهار الكستيجات والركوب على السروج التي كهيئة الاكف وانما يوخذون
بذلك اظهارا للصغار عليهم وصيانة لضعفة المسلمين ولان المسلم يكرم والذمي
يهان ولا يبتدا بالسلام ويضيق عليه الطريق فلو لم تكن علامة
مميزة فلعله تعامل معاملة المسلمين وذلك لا يجوز والعلامة يجب ان
يكون خيطا غليظا من الصوف يشده على وسطه دون الزنار من الابريسم
فانه جفا في حق اهل الاسلام ويجب ان يتميز نساوهم عن نسائنا في الطرقات
والحمامات ويجعل على دورهم علامات كيلا يقف عليها سايل يدعو لهم
بالمغفرة قالوا الاحق ان يتركوا ان يركبوا الا لضرورة واذا ركبوا للضرورة
فلينزلوا في مجامع المسلمين فان لزمت الضرورة اتخذوا سروجا بالصفة
التي تقدمت ويمنعون عن لباس يختص به اهل العلم والزهد والشرف ومن
امتنع من الجزية او قتل مسلما او سب النبي عليه السلام او زنى بمسلمة
لم ينتقض عهده لان الغاية التي ينتهي بها القتال التزام الجزية لا اداؤها
والالتزام باق وقال الشافعي سب النبي عليه السلام يكون نقضا
لانه ينقض ايمانه فكذا عقد الذمة خلف عنه ولنا ان سب النبي عليه السلام
كفر منه والكفر المقارن لا يمنعه فالطاري لا يرفعه قال ولا ينتقض
العهد الا بان يلتحق بدار الحرب او يغلبون على موضع فيحاربوننا لانهم
صاروا حربا علينا فيعرى عقد الذمة عن الفايدة وهو دفع شر الحراب واذا

نقض

نقض الذمي العهد فهو بمنزلة المرتد معناه في الحكم بموته باللحاق لانه التحق
بالاموات وكذا في حكم ما حمله من ماله الا انه لو اسر يسترق بخلاف المرتد
والله اعلم **فصل** ونصارى بني تغلب يوخذ من اموالهم
ضعف ما يوخذ من المسلمين من الزكوة لان عمر رضي الله عنه صالحهم على
ذلك بمحضر من الصحابة ويوخذ من نسائهم ولا يوخذ من صبيانهم لان الصلح
على الصدقة المضاعفة والصدقة تجب عليهن دون الصبيان فكذا
المضاعف وقال زفر رحمه الله لا يوخذ من نسائهم ايضا وهو قول الشافعي
لانه جزية في الحقيقة على ما قال عمر رضي الله عنه هذه جزية فسموها
ما شيتم ولهذا يصرف مصارف الجزية ولا جزية على النسوان ولنا انه مال
وجب بالصلح والمراة من اهل وجوب مثله عليها والمصرف مصالح المسلمين
لانه مال بيت المال وذلك لا يختص بالجزية الا ترى انه لا يراعى فيه شرايطها
ويوضع على مولى التغلبي الخراج اي الجزية وخراج الارض بمنزلة مولى القرشي
وقال زفر رحمه الله يضاعف لقوله عليه السلام ان مولى القوم منهم
الا ترى ان مولى الهاشمي يلحق به في حرمة الصدقة ولنا ان هذا تخفيف
والمولى لا يلحق بالاصل فيه ولهذا يوضع الجزية على مولى المسلم اذا كان
نصرانيا بخلاف حرمة الصدقة لان الحرمات يثبت بالشبهات فالحق
المولى بالهاشمي في حقه ولا يلزم مولى الغني حيث لا تحرم عليه الصدقة لان
الغني من اهلها وانما الغنى مانع ولم يوجد في حق المولى اما الهاشمي فليس
باهل لهذه الصلة اصلا لانه صين لشرفه وكرامته عن اوساخ الناس فالحق
به مولاه قال وما جباه الامام من الخراج ومن اموال بني تغلب
وما اهداه اهل الحرب الى الامام والجزية تصرف في مصالح المسلمين كسد
الثغور وبناء القناطر والجسور ويعطى قضاة المسلمين وعمالهم وعلماوهم
منه ما يكفيهم ويدفع منه ارزاق المقاتلة وذراريهم لانه مال بيت المال
فانه وصل الى يد المسلمين من غير قتال وهو معد لمصالح المسلمين و
هولاء عملتهم ونفقة الذراري على الاباء فلو لم يعطوا كفايتهم لاحتاجوا
الى الاكتساب فلا يتفرغون للقتال ومن مات في نصف السنة فلا شي عليه
من العطاء لانه نوع صلة وليس بدين ولهذا سمي عطاء فلا يملك قبل القبض
ويسقط بالموت واهل العطاء في زماننا القاضي والمدرس والمفتي والله اعلم
باب احكام المرتدين واذا ارتد المسلم عن الاسلام

والعياذ بالله عرض عليه الاسلام فان كانت له شبهة كشفت له لانه
عساه اعترته شبهة فتزاح وفيه دفع شره باحسن الامرين الا ان العرض
على ما قالوا غير واجب لان الدعوة بلغته قال ويحبس ثلاثة ايام
فان اسلم والا قتل وفي الجامع الصغير المرتد يعرض عليه الاسلام فان ابى
قتل وتاويل الاول انه يستمهل ثلاثة ايام لانها مدة ضربت لابلاء الا
عذار وعن ابي حنيفة وابي يوسف انه يستحب ان يوجله ثلاثة ايام
لانها مدة ضربت لابلاء الاعذار طلب ذلك او لم يطلب وعن الشافعي
ان على الامام ان يوجله ثلاثة ايام ولا يحل له ان يقتله قبل ذلك لان
ارتداد المسلم يكون عن شبهة ظاهرا فلا بد من مدة يمكنه التامل فقدرناه
بالثلاث ولنا قوله تعالى اقتلوا المشركين وقوله عليه السلام من بدل
دينه فاقتلوه ولانه كافر حربي بلغته الدعوة فيقتل للحال من غير استمهال
وهذا لانه لا يجوز تاخير الواجب لامر موهوم ولا فرق بين الحر والعبد
لاطلاق الدلائل وكيفية توبته ان يتبرا عن الاديان كلها سوى الاسلام
لانه لا دين له ولو تبرا عما انتقل اليه كفاه لحصول المقصود قال فان
قتله قاتل قبل عرض الاسلام عليه كره ولا شيء على القاتل ومعنى الكراهية
ههنا ترك المستحب وانتفاء الضمان لان الكفر مبيح والعرض بعد بلوغ
الدعوة غير واجب واما المرتدة فلا تقتل ولكن تحبس حتى تسلم وقال
الشافعي رحمه الله تقتل لما روينا ولان ردة الرجل مبيحة للقتل من حيث
انه جناية متغلظة فيناط بها عقوبة متغلظة وردة المراة تشاركها
فيها فتشاركها في موجبها ولنا ان النبي عليه السلام نهى عن قتل
النساء ولان الاصل تاخير الاجزية الى دار الاخرة اذ تعجيلها يخل بمعنى
الابتلاء وانما عدل عنه دفعا لشر ناجز وهو الحراب ولا يتوجه ذلك
من النساء لعدم صلاحية البنية بخلاف الرجال فصارت المرتدة كالاصلية
قال ولكن تحبس حتى تسلم لانها امتنعت عن ايفاء حق الله تعالى وهي
الاقرار فتجبر على ايفائه بالحبس كما في حقوق العباد وفي الجامع الصغير وتجبر
المراة على الاسلام حرة كانت او امة والامة يجبرها مولاها اما الجبر فلما
ذكرنا ومن المولى لما فيه من الجمع بين الحقين ويروى تضرب في كل ايام مبالغة
في الحمل على الاسلام قال ويزول ملك المرتد عن امواله بردته زوالا
مراعى فان اسلم عادت على حالها قالوا هذا عند ابي حنيفة وعندهما لا يزول

ملكه

ملكه لانه مكلف محتاج فالى ان يقتل يبقى ملكه كالمحكوم عليه بالرجم
والقصاص وله انه حربي مقهور تحت ايدينا حتى يقتل ولا قتل الا با
لحراب وهذا يوجب زوال ملكه ومالكيته غير انه مدعو الى الاسلام
بالاجبار عليه ويرجى عوده اليه فتوقفنا في امره فان اسلم جعل العا
رض كان لم يكن في حق هذا الحكم وصار كان لم يزل مسلما فلم يعمل
السبب وان مات او قتل على ردته او لحق بدار الحرب وحكم بلحاقه
استقر كفره فعمل السبب عمله وزال ملكه قال وان مات او
قتل على ردته انتقل ما اكتسبه في اسلامه الى ورثته المسلمين وكان
ما اكتسبه في حال ردته فيئا وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال
ابو يوسف ومحمد كلاهما لورثته وقال الشافعي كلاهما فيء لانه مات
كافرا والمسلم لا يرث الكافر ثم هو مال حربي لا امان له فيكون فيئا
ولهما ان ملكه في الكسبين بعد الردة باق على ما بيناه و
فينتقل بموته الى ورثته ويستند الى ما قبيل ردته اذ الردة سبب الموت
فيكون توريث المسلم من المسلم ولابي حنيفة رحمه الله انه يمكن الا
سناد في كسب الاسلام لوجوده قبل الردة ولا يمكن الاسناد في
كسب الردة لعدمه قبلها ومن شرطه وجوده ثم انما يرثه من كان وارثا
له حالة الردة وبقي وارثا وقت موته في رواية ابي حنيفة رحمه الله
اعتبارا للاستناد وعنه انه يرثه من كان وارثا له عند الردة ولا
يبطل استحقاقه بموته بل يخلفه وارثه لان الردة بمنزلة الموت وعنه
انه يعتبر وجود الوارث عند الموت لان الحادث بعد انعقاد السبب
قبل تمامه كالحادث قبل انعقاده بمنزلة الولد الحادث من المبيع
قبل القبض وترثه امراته المسلمة اذا مات او قتل وهي في العدة لانه
يصير فارا وان كان صحيحا وقت الردة والمرتدة كسبها لورثتها لانه
لا حراب منها فلم يوجد سبب الفيء بخلاف المرتد عند ابي حنيفة رحمه الله
ويرثها زوجها المسلم ان ارتدت وهي مريضة لقصدها ابطال حقه
وان كانت صحيحة لا يرثها لانها لا تقتل فلم يتعلق حقه بمالها بالردة
بخلاف المرتد قال وان لحق بدار الحرب مرتدا وحكم الحاكم بلحاقه
عتق مدبروه وامهات اولاده وحلت الديون التي عليه ونقل ما
اكتسبه في حالة الاسلام الى ورثته من المسلمين وقال الشافعي رحمه الله

يبقى ماله موقوفا كما كان لانه نوع غيبة فاشبه الغيبة في دار الاسلام ولنا
قال انه باللحاق صار من اهل الحرب وهم اموات في حق احكام المسلمين
لانقطاع ولاية الالزام كما هي منقطعة عن الموتى فصار كالموت الا انه لا يستقر
لحاقه الا بقضا القاضي فلا بد من القضا واذا تقرر موته ثبتت الاحكام
المتعلقة به وهي ما ذكرناها كما في الموت الحقيقي ثم يعتبر كونه وارثا عند
لحاقه في قول محمد لان اللحاق هو السبب والقضا لتقرره بقطع الاحتمال
وقال ابو يوسف وقت القضا لانه يصير موتا بالقضا والمرتدة اذا لحقت
بدار الحرب فهي على هذا وتقضى الديون التي لزمته في حال الاسلام مما
اكتسبه في حال الاسلام وما لزمه في حال ردته من الديون مما اكتسبه في حال
ردته قال رضي الله عنه هذا رواية عن ابي حنيفة رحمه الله وعنه انه
يبدا بكسب الاسلام فان لم يف بذلك يقضى من كسب الردة وعنه على عكسه
وجه الاول ان المستحق بالسببين مختلف وحصول كل واحد من الكسبين با
باعتبار السبب الذي وجب به الدين فيقضى كل دين من الكسب المكتسب
في تلك الحالة ليكون الغرم بالغنم وجه الثاني ان كسب الاسلام ملكه حتى
يخلفه الوارث فيه ومن شرط هذه الخلافة الفراغ من حق المورث فيقدم
الدين عليه اما كسب الردة فليس مملوك له لبطلان اهلية الملك بالردة
عنده فلا يقضى دينه منه الا اذا تعذر قضاوه من محل آخر فحينئذ يقضى
منه كالذمي اذا مات ولا وارث له يكون ماله لجماعة المسلمين ولو كان عليه
دين يقضى منه كذلك ههنا وجه الثالث ان كسب الاسلام حق الورثة
وكسب الردة خالص حقه فكان قضا الدين منه اولى الا اذا تعذر بان لم يف
به فحينئذ تقضى من كسب الاسلام تقديما لحقه وقال ابو يوسف
ومحمد رحمهما الله تقضى ديونه من الكسبين لانهما جميعا ملكه حتى يجري الارث
فيهما قال وما باعه او اشتراه او اعتقه او رهنه او تصرف فيه
من امواله في حال ردته فهو موقوف فان اسلم صحت عقوده وان مات
او قتل او لحق بدار الحرب بطلت وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف
يجوز ما صنع في الوجهين اعلم ان تصرفات المرتد على اقسام نافذ بالا
تفاق كالنكاح والذبيحة لانه يعتمد الملة ولا ملة له وموقوف بالا
تفاق كالمفاوضة لانها يعتمد المساواة ولا مساواة بين المسلم والمرتد
ما لم يسلم ومختلف في توقفه وهو ما عددناه لهما ان الصحة تعتمد

الاهلية

الاهلية والنفاذ الملك ولا خفا في وجود الاهلية لكونه مخاطبا وكذا الملك
لقيامه قبل موته على ما قررناه من قبل ولهذا لو ولد له ولد بعد الردة
لستة اشهر من امراة مسلمة يرثه ولو مات ولده بعد الردة قبل الموت
لا يرثه فتصح تصرفاته الا ان عند ابي يوسف تصح كما تصح من الصحيح
لان الظاهر عوده الى الاسلام اذ الشبهة تزاح فلا يقتل وصار كالمرتدة
وعند محمد تصح كما تصح من المريض لان من انتحل الى نحلة لا سيما معرضا عما
نشا عليه قلما يتركه فيفضي الى القتل ظاهرا بخلاف المرتدة لانها لا تقتل
ولابي حنيفة رحمه الله انه حربي مقهور تحت ايدينا على ما قررناه في
توقف الملك وتوقف التصرفات بناء عليه وصار كالحربي يدخل دارنا
بغير امان فيوخذ ويقهر تتوقف تصرفاته لتوقف حاله فكذا المرتد
واستحقاقه القتل لبطلان سبب العصمة في الفصلين فاوجب خللا
في الاهلية بخلاف الزاني وقاتل العمد لان الاستحقاق في ذلك
جزاء على الجناية وبخلاف المراة لانها ليست حربية ولهذا لا تقتل وان
عاد المرتد بعد الحكم بلحاقه الى دار الاسلام مسلما فما وجده في يد
ورثته من ماله بعينه اخذه لان الوارث انما يخلفه فيه لاستغنائه
واذا عاد مسلما احتاج اليه فيقدم عليه بخلاف ما اذا ازاله الوارث
عن ملكه وبخلاف امهات اولاده ومدبريه لان القضا قد صح بدليل
مصحح فلا ينقض ولو جا مسلما قبل ان يقضي القاضي بذلك فكانه لم
يزل مسلما لما ذكرنا واذا وطي المرتد جارية نصرانية كانت له في حالة
الاسلام فجات بولد لاكثر من ستة اشهر منذ ارتد فادعاه فهي ام
ولد له والولد حر وهو ابنه ولا يرثه فان كانت الجارية مسلمة ورثه
الابن ان مات على الردة او لحق بدار الحرب اما صحة الاستيلاد فلما
قلنا واما الارث فلان الام اذا كانت نصرانية فالولد يتبع لها لقربه
الى الاسلام للجبر عليه فصار في حكم المرتد والمرتد لا يرث المرتد اما اذا
كانت مسلمة فالولد مسلم تبعا لها لانها خيرهما دينا والمسلم يرث
المرتد واذا لحق المرتد بماله بدار الحرب ثم ظهر على ذلك المال فهو فيء فان
لحق ثم رجع واخذ مالا والحقه بدار الحرب فظهر على ذلك المال فوجده
الورثة قبل القسمة رد عليهم لان الاول مال لم يجر فيه الارث والثاني
انتقل الى ورثته بقضا القاضي بلحاقه فكان الوارث مالكا قديما

واذا لحق المرتد بدار الحرب وله عبد فقضى به لابنه فكاتبه ثم جا المرتد مسلما فالكتابة جائزة والمكاتبة والولا للمرتد الذي اسلم لانه لا وجه الى بطلان الكتابة لنفوذها بدليل منفذ فجعلنا الوارث الذي يكون خلفه كالوكيل من جهته وحقوق العقد فيه ترجع الى الموكل والولا لمن يقع العتق عنه واذا قتل المرتد رجلا خطا ثم لحق بدار الحرب او قتل على ردته فالدية في مال اكتسبه في حال الاسلام خاصة عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا الدية فيما اكتسبه في الاسلام والردة لان العواقل لا يعقل المرتد لانعدام النصرة فيكون في ماله وعندهما الكسبان جميعا ماله لنفوذ تصرفه في الحالين ولهذا يجري الارث فيهما عندهما وعنده ماله المكتسب في الاسلام لنفوذ تصرفه دون المكتسب في الردة لتوقف تصرفه ولهذا كان الاول ميراثا عنه والثاني فيئا عنده واذا قطعت يد المسلم عمدا فارتد والعياذ بالله ثم مات على ردته من ذلك او لحق بدار الحرب ثم جا مسلما فمات من ذلك فعلى القاطع نصف الدية في ماله للورثة اما الاول فلان السراية حلت محلا غير معصوم فاهدرت بخلاف ما اذا قطع يد المرتد ثم اسلم فمات من ذلك لان الاهدار لا يلحقه الاعتبار اما المعتبر قد يهدر بالابرا فكذا بالردة واما الثاني ومعناه اذا قضي بلحاقه لانه صار ميتا تقديرا والموت يقطع السراية واسلامه حياة حادثة في التقدير فلا يعود حكم الجناية الاولى واذا لم يقض القاضي بلحاقه فهو على الخلاف الذي نبينه ان شا الله تعالى فان لم يلحق واسلم ثم مات فعليه الدية كاملة وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد وزفر في جميع ذلك نصف الدية لان اعتراض الردة اهدر السراية فلا ينقلب بالاسلام الى الضمان كما اذا قطع يد مرتد فاسلم ولهما ان الجناية وردت على محل معصوم وتمت فيه فيجب ضمان النفس كما اذا لم يتخلل الردة وهذا لانه لا معتبر بقيام العصمة في حال بقا الجناية وانما المعتبر قيامها في حال انعقاد السبب وفي حق ثبوت الحكم وحالة البقا بمعزل من ذلك كله وصار كقيام الملك في حال بقا اليمين واذا ارتد المكاتب ولحق بدار الحرب واكتسب مالا فاخذ بماله وابى ان يسلم فقتل فانه يوفى مولاه مكاتبته وما بقي فلورثته وهذا ظاهر على اصلهما لان كسب الردة ملكه اذا كان حرا وكذا اذا كان مكاتبا واما عند ابي حنيفة رحمه الله

فلان المكاتب انما يملك اكسابه بالكتابة والكتابة لا تتوقف بالردة فكذا اكسابه الا ترى انه لا يتوقف تصرفه بالاقوى وهو الرق فكذا بالادنى بطريق الاولى واذا ارتد الرجل وامراته والعياذ بالله ولحقا بدار الحرب فحبلت المراة في دار الحرب وولدت ولدا وولد لولدهما ولد فظهر عليهم جميعا فالولدان فيء لان المرتدة تسترق فيتبعها ولدها ويجبر الولد الاول على الاسلام ولا يجبر ولد الولد وروى الحسن عن ابي حنيفة انه يجبر تبعا للجد واصله التبعية في الاسلام وهي رابعة اربع مسائل كلها على الروا والثانية صدقة الفطر والثالثة جر الولا والرابعة الوصية للقرابة قال وارتداد الذي يعقل ارتداد عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ويجبر على الاسلام ولا يقتل واسلامه اسلام ولا يرث ابويه ان كانا كافرين وقال ابو يوسف رحمه الله ارتداده ليس بارتداد واسلامه اسلام وقال زفر والشافعي رحمهما الله اسلامه ليس باسلام وارتداده ليس بارتداد لهما في الاسلام انه تبع لابويه فيه فلا يجعل اصلا ولانه يلزمه احكاما تشوبها المضرة فلا يؤهل له ولنا فيه ان عليا رضي الله عنه اسلم في صباه وصحح النبي عليه السلام اسلامه وافتخاره بذلك مشهور ولانه اتى بحقيقة الاسلام وهو التصديق والاقرار معه لان الاقرار عن طوع دليل الاعتقاد على ما عرف والحقائق لا ترد وما يتعلق به سعادة ابدية ونجاة عقباوية وهي من اجل المنافع وهو الحكم الاصلي ثم يبتنى عليه غيرها فلا يبالي بما يشوبه ولهم في الردة انها مضرة محضة بخلاف الاسلام على اصل ابي يوسف لانه يتعلق به اعلى المنافع على ما مر ولابي حنيفة انها موجودة حقيقة ولا مرد للحقيقة كما قلنا في الاسلام الا انه يجبر على الاسلام لما فيه من النفع له ولا يقتل لانه عقوبة والعقوبات موضوعة عن الصبيان مرحمة عليهم وهذا في الصبي الذي يعقل ومن لا يعقل من الصبيان لا يصح ارتداده لان اقراره لا يدل على تغير العقيدة وكذا المجنون والسكران الذي لا يعقل والله اعلم

باب البغاة

قال رحمه الله واذا تغلب قوم من المسلمين على بلد وخرجوا من طاعة الامام دعاهم الى العود الى الجماعة وكشف عن شبهتهم لان عليا رضي الله عنه فعل كذلك باهل حروراء قبل قتالهم ولانه اهون الامرين ولعل الشر

يندفع به فيبدا به ولا يبدا بقتال حتى يبدأوه فان بدأوه قاتلهم حتى
يفرق جمعهم قال رضي الله عنه هكذا ذكر القدوري في مختصره
وذكر الامام المعروف بخواهر زاده رحمه الله ان عندنا يجوز ان يبدا
بقتالهم اذا تعسكروا واجتمعوا وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز
حتى يبدءوا بالقتال حقيقة لانه لا يجوز قتل المسلم الا دفعا وهم
مسلمون بخلاف الكافر لان نفس الكفر مبيح عنده ولنا ان الحكم
يدار على الدليل وهو الاجتماع والامتناع وهذا لانه لو انتظر الامام
حقيقة قتالهم ربما لا يمكنه الدفع فيدار على الدليل ضرورة دفع شرهم
واذا بلغه انهم يشترون السلاح ويتأهبون للقتال ينبغي ان يا
خذهم ويحبسهم حتى يقلعوا عن ذلك ويحدثوا توبة دفعا للشر بقدر
الامكان والمروي عن ابي حنيفة من لزوم البيت محمول على حال عدم الامام
اما اعانة الامام الحق من الواجب عند الغنا والقدرة فان كانت لهم
فئة اجهز على جريحهم واتبع موليهم دفعا لشرهم كيلا يلحقوا بهم
وان لم يكن لهم فئة لم يجهز على جريحهم ولم يتبع موليهم لاندفاع
الشر دونه وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز ذلك في الحالين لان
القتال اذا تركوه لم يبق قتلهم دفعا وجوابه ما ذكرناه ان المعتبر
دليله لا حقيقته ولا يسبى لهم ذرية ولا يغنم لهم مال لقول علي رضي الله
عنه يوم الجمل ولا يقتل اسير ولا يكشف ستر ولا يؤخذ مال وهو القدوة
في هذا الباب وقوله في الاسير تأويله اذا لم يكن لهم فئة فان كانت
يقتل الامام الاسير وان شاء حبسه لما ذكرنا ولانهم مسلمون والا
سلام يعصم النفس والمال ولا بأس بان يقاتلوا بسلاحهم ان احتاج
المسلمون اليه وقال الشافعي لا يجوز والكراع على هذا الخلاف
له انه مال المسلم فلا يجوز الانتفاع به الا برضاه ولنا ان عليا
رضي الله عنه قسم السلاح فيما بين اصحابه بالبصرة وكانت قسمته للحاجة
لا للتمليك لان للامام ان يفعل ذلك في مال العادل عند الحاجة ففي
مال الباغي اولى والمعنى فيه الحاق الضرر الادنى لدفع الاعلى ويحبس
الامام اموالهم فلا يردها عليهم ولا يقسمها حتى يتوبوا فيردها عليهم
اما عدم القسمة فلما بيناه واما الحبس فلدفع شرهم بكسر شوكتهم
ولهذا يحبسها عنهم وان كان لا يحتاج اليها الا انه يبيع الكراع لان حبس

انظر

انظر وايسر واما الرد بعد التوبة فلاندفاع الضرورة ولا استغنام فيها
قال وما جباه اهل البغي من البلاد التي غلبوا عليها من الخراج والعشر
لم يأخذه الامام ثانيا لان ولاية الاخذ له باعتبار الحماية ولم يحمهم فان
كانوا صرفوه في حقه اجزى من اخذ منه لوصول الحق الى مستحقه وان لم
يكونوا صرفوه في حقه فعلى اهله فيما بينهم وبين الله ان يعيدوا ذلك
لانه لم يصل الى مستحقه قال رضي الله عنه قالوا لا اعادة عليهم
في الخراج لانهم مقاتلة فكانوا مصارف وان كانوا اغنياء وفي العشر ان
كانوا فقراء كذلك لانه حق الفقراء وقد بيناه في الزكوة وفي المستقبل
يأخذ الامام لانه يحميهم فيه لظهور ولايته ومن قتل رجلا وهما من عسكر
اهل البغي ثم ظهر عليهم فليس عليه شيء لانه لا ولاية للامام العدل حين
القتل فلم ينعقد موجبا كالقتل في دار الحرب وان غلبوا على مصر
فقتل رجل من اهل المصر رجلا من اهل المصر عمدا ثم ظهر على المصر فانه يقتص منه
وتأويله اذا لم يجر على اهله احكامهم وازعجوا قبل ذلك وفي ذلك لم تنقطع
ولاية الامام فيجب القصاص واذا قتل رجل من اهل العدل باغيا فانه يرثه
وان قتله الباغي وقال كنت على حق وانا الآن على حق ورثه وان قال
قتلته وانا اعلم اني على الباطل لم يرثه وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
وقال ابو يوسف لا يرث الباغي في الوجهين وهو قول الشافعي
رحمه الله واصله ان العادل اذا اتلف نفس الباغي او ماله لا يضمن ولا
يأثم وقال الشافعي في القديم انه يجب وعلى هذا الخلاف اذا تاب الباغي
وقد اتلف نفسا او مالا له انه اتلف مالا معصوما او قتل نفسا
معصومة فيجب الضمان اعتبارا بما قبل المنعة ولنا اجماع الصحابة
رواه الزهري ولانه اتلف عن تأويل فاسد والفاسد منه ملحق بالصحيح
اذا ضمت اليه المنعة في حق الدفع كما في منعة اهل الحرب وتأويلهم وهذا
لان الاحكام لا تثبت الا بالالزام او بالالتزام لاعتقاد الاباحة عن تأويل
ولا الزام لعدم الولاية لوجود المنعة والولاية باقية قبل المنعة وعند
عدم التأويل ثبت الالتزام اعتقادا بخلاف الاثم لانه لا منعة في حق
الشارع اذا ثبت هذا نقول قتل العادل الباغي قتل بحق فلا يمنع الارث
ولابي يوسف في قتل الباغي العادل ان التأويل الفاسد انما يعتبر في
حق الدفع والحاجة هاهنا الى استحقاق الارث ولهما فيه ان الحاجة الى

ومنع الحرمان ايضا اذ القرابة سبب الارث فيعتبر الفاسد فيه الا ان من
شرطه بقاءه على ديانته فاذا قال كنت على الباطل لم يوجد الدافع فوجب
الضمان قال ويكره بيع السلاح من اهل الفتنة وفي عساكرهم
لانه اعانة على المعصية وليس ببيعه باهل الكوفة ممن لم يعرفه
من اهل الفتنة باس لان الغلبة في الامصار لاهل الصلاح وانما يكره بيع
نفس السلاح لا بيع ما لا يقاتل به الا بصنعة الا ترى انه يكره بيع المعازف
ولا يكره بيع الخشب وعلى هذا الخمر مع العنب باب اللقيط
قال رضي الله عنه اللقيط سمي به باعتبار ماله لما انه يلقط والالتقاط
مندوب اليه لما فيه من احيائه وان غلب على ظنه ضياعه فواجب قال
اللقيط حر لان الاصل في بني آدم الحرية وكذا الدار دار الاحرار ولان
الحكم للغالب ونفقته في بيت المال وهو المروي عن عمر رضي الله عنه
وعلي ولانه مسلم عاجز عن التكسب ولا مال له ولا قرابة فاشبه المقعد
الذي لا مال له ولان ميراثه لبيت المال والخراج بالضمان ولهذا كانت
جنايته فيه والملتقط متبرع في الانفاق عليه لعدم الولاية الا ان
يامره القاضي به ليكون دينا عليه لعموم الولاية قال فان التقطه
رجل لم يكن لغيره ان ياخذه منه لانه ثبت حق الحفظ له لسبق يده فان
ادعى مدع انه ابنه فالقول قوله معناه اذا لم يدع الملتقط نسبه
وهذا استحسان والقياس ان لا يقبل قوله لانه يتضمن ابطال حق
الملتقط وجه الاستحسان انه اقرار للصبي بما ينفعه لانه يتشرف بالنسب
ويعير بعدمه ثم قيل يصح في حقه دون ابطال يد الملتقط وقيل
يبتني عليه بطلان يده ولو ادعاه الملتقط قيل يصح قياسا واستحسانا
والاصح انه على القياس والاستحسان وقد عرف في الاصل وان ادعاه
اثنان ووصف احدهما علامة في جسده فهو اولى به لان الظاهر
شاهد له لموافقة العلامة كلامه وان لم يصف احدهما علامة فهو
ابنهما لاستوائهما في السبب ولو سبقت دعوة احدهما فهو ابنه لانه
ثبت حقه في زمان لا منازع له فيه الا اذا اقام الاخر البينة لان البينة
اقوى واذا وجد في مصر من امصار المسلمين او في قرية من قراهم فادعى
ذمي انه ابنه ثبت نسبه منه وكان مسلما وهذا استحسان لان دعواه
تضمن النسب وهو نافع للصغير وابطال الاسلام الثابت بالدار وهو ضار

فصح

فصحت دعوته فيما ينفعه دون ما يضره وان وجد في قرية من قرى
اهل الذمة او في بيعة او كنيسة كان ذميا وهذا الجواب فيما اذا كان
الواجد ذميا رواية واحدة وان كان الواجد مسلما في هذا المكان او
ذميا في مكان المسلمين اختلفت الرواية فيه ففي كتاب اللقيط اعتبر
المكان لسبقه وفي كتاب الدعوى في بعض النسخ اعتبر الواجد وهو
رواية ابن سماعة عن محمد رحمه الله لقوة اليد الا ترى ان تبعية الابوين
فوق تبعية الدار حتى اذا سبي مع الصغير احدهما يعتبر كافرا وفي بعض
النسخ اعتبر الاسلام نظرا للصغير ومن ادعى ان اللقيط عبده لم يقبل
منه لانه حر ظاهرا الا ان يقيم البينة انه عبده فان ادعى عبد انه
ابنه ثبت نسبه منه لانه ينفعه وكان حرا لان المملوك قد تلد له الحرة
فلا تبطل الحرية الظاهرة بالشك والحر في دعوته اللقيط اولى
من العبد والمسلم من الذمي ترجيحا لما هو الانظر في حقه وان وجد
مع اللقيط مال مشدود عليه فهو له اعتبارا للظاهر وكذا اذا كان
مشدودا على دابة هو عليها لما ذكرنا ثم يصرفه الواجد اليه بامر القاضي
لانه مال ضائع وللقاضي ولاية صرف مثله اليه وقيل يصرفه بغير
امر القاضي لانه للقيط ظاهرا وله ولاية الانفاق وشراء ما لا بد له
منه كالطعام والكسوة لانه من الانفاق ولا يجوز تزويج الملتقط
لانعدام سبب الولاية من القرابة والملك والسلطنة قال ولا
تصرفه في مال اللقيط اعتبارا بالام وهذا لان ولاية التصرف لتثمير
المال وذلك يتحقق بالراي الكامل والشفقة الوافرة والموجود في
كل منهما احدهما ويجوز ان يقبض له الهبة لانه نفع محض ولهذا يملكه
الصغير بنفسه اذا كان عاقلا وتملكه الام ووصيها قال ويسلمه
في صناعة لانه من باب تثقيفه وحفظ حاله قال ويواجره قال
رضي الله عنه وهذا رواية القدوري في مختصره وفي الجامع الصغير
لا يجوز ان يواجره ذكره في الكراهية وهو الاصح وجه الاول انه يرجع
الى تثقيفه وجه الثاني انه لا يملك اتلاف منافعه فاشبه العم بخلاف
الام لانها تملكه على ما نذكره في الكراهية ان شاء الله والله تعالى اعلم

كتاب اللقطة

اللقطة امانة اذا اشهد
الملتقط انه ياخذها ليحفظها ويردها على صاحبها لان الاخذ على هذا

الوجه ماذون فيه شرعا بل هو الافضل عند عامة العلماء وهو الواجب
اذا خاف الضياع على ما قالوا واذا كان كذلك لا تكون مضمونة عليه وكذلك
اذا تصادقا انه اخذها للمالك وكذبه المالك لان تصادقهما حجة في حقهما
وصار كالبينة ولو اقر انه اخذه لنفسه يضمن بالاجماع لانه اخذ مال غيره
بغير اذنه وبغير اذن الشرع وان لم يشهد الشهود عليه وقال الاخذ اخذته
للمالك وكذبه المالك يضمن عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف
لا يضمن والقول قوله لان الظاهر شاهد له لاختياره الحسبة دون المعصية
ولهما انه اقر بسبب الضمان وهو اخذ مال الغير وادعى ما يبرئه وهو
الاخذ لمالكه وفيه وقع الشك فلا يبرأ وما ذكره من الظاهر يعارضه مثله
لان الظاهر ان يكون المتصرف عاملا لنفسه ويكفيه في الاشهاد ان يقول
من سمعتموه ينشد لقطة فدلوه علي واحدة كانت اللقطة او اكثر لانه اسم
جنس قال فان كانت اقل من عشرة دراهم عرفها اياما وان كانت
عشرة فصاعدا عرفها حولا قال رضي الله عنه وهذه رواية عن ابي
حنيفة وقوله اياما معناه على حسب ما يرى وقدر محمد في الاصل بالحول
من غير تفصيل بين القليل والكثير وهو قول مالك والشافعي لقوله عليه
السلام من التقط شيئا فليعرفه سنة من غير فصل وجه الاول ان التقدير
بالحول ورد في لقطة كانت مائة دينار تساوي الف درهم والعشرة وما
فوقها في معنى الالف في تعلق القطع به في السرقة وتعلق استحلال الفرج
به وليست في معناها في حق تعلق الزكوة فاوجبنا التعريف بالحول احتياطا
وما دون العشرة ليس في معنى الالف بوجه ما ففوضنا الى راي المبتلى
به وقيل الصحيح ان شيئا من هذه المقادير ليس بلازم ويفوض الى راي
الملتقط يعرفها الى ان يغلب على ظنه ان صاحبها لا يطلبها بعد ذلك ثم
يتصدق به وان كانت اللقطة شيئا لا يبقى عرفه حتى اذا خاف ان يفسد
تصدق به وينبغي ان يعرفها في الموضع الذي اصابها وفي الجامع فان
ذلك اقرب الى الوصول الى صاحبها وان كانت اللقطة شيئا يعلم ان
صاحبها لا يطلبها كالنواة وقشور الرمان يكون القاؤه اباحة حتى
جاز الانتفاع به من غير تعريف ولكنه مبقى على ملك مالكه لان التمليك
من المجهول لا يصح قال فان جاء صاحبها والا تصدق بها ايصالا للحق
الى المستحق وهو واجب بقدر الامكان وذلك بايصال عينها عند الظفر

بصا

بصاحبها وايصال العوض وهو الثواب على اعتبار اجازته التصدق بها
وان شاء امسكها رجاء الظفر بصاحبها قال فان جاء صاحبها يعني بعد
ما تصدق بها فهو بالخيار ان شاء امضى الصدقة وله ثوابها لان
التصدق وان حصل باذن الشرع لم يحصل باذنه فيتوقف على اجازته
والملك يثبت للفقير قبل الاجازة فلا يتوقف على قيام المحل بخلاف
بيع الفضولي لثبوته بعد الاجازة فيه وان شاء ضمن الملتقط لانه سلم
ماله الى غيره بغير اذنه الا انه باباحة من جهة الشرع وهذا لا ينافي
الضمان حقا للعبد كما في تناول مال الغير حالة المخمصة وان شاء ضمن
المسكين اذا هلك في يده لانه قبض ماله بغير اذنه وان كان قائما
اخذه لانه وجد عين ماله قال ويجوز الالتقاط في الشاة
والبقر والبعير وقال مالك والشافعي اذا وجد البعير والبقر
في الصحراء فالترك افضل وعلى هذا الخلاف الفرس لهما ان الاصل في
اخذ مال الغير الحرمة والاباحة مخافة الضياع واذا كان معها ما يدفع
عن نفسها يقل الضياع ولكنه يتوهم فيقضى بالكراهة والندب الى
الترك ولنا انها لقطة يتوهم ضياعها فيستحب اخذها وتعريفها صيانة
لاموال الناس كما في الشاة فان انفق الملتقط عليها بغير اذن القاضي
فهو متبرع لقصور ولايته عن ذمة المالك وان انفق بامره كان ذلك
دينا على صاحبها لان للقاضي ولاية في مال الغائب نظرا له وقد يكون
النظر بالانفاق على ما نبين واذا رفع ذلك الى الحاكم نظر فيه فان كان
للبهيمة منفعة اجرها وانفق عليها من اجرتها لان فيه ابقاء العين على
ملكه من غير الزام الدين عليه وكذلك يفعل بالعبد الابق وان لم يكن
لها منفعة وخاف ان تستغرق النفقة قيمتها باعها وامر بحفظ ثمنها
ابقاء له معنى عند تعذر ابقائه صورة وان كان الاصلح الانفاق عليها اذن
في ذلك وجعل النفقة دينا على مالكها لانه نصب ناظرا وفي هذا نظر
من الجانبين قالوا انما يأمر بالانفاق يومين او ثلاثة على قدر ما يرى
ان يظهر مالكها فاذا لم يظهر مالكها يأمر ببيعها لان النفقة الدارة مستأصلة
فلا نظر في الانفاق مدة مديدة قال رضي الله عنه وفي
الاصل شرط اقامة البينة وهو صحيح لانه يحتمل ان يكون غصبا في يده
ولا يأمر فيه بالانفاق وانما يأمر به في الوديعة فلا بد من البينة لكشف الحال

وليس نظام للقضاء ولو قال لابنته لي يقولها المقتضى له انفق عليه ان كنت صادقا فيما قلت حتى يرجع على المالك ان كان صادقا ولا يرجع ان كان غاصبا وقوله في الكتاب وجعل النفقة دينا على صاحبها اشارة الى انما يرجع على المالك بعدما حضر ولم يبع اللقطة اذا شرط القاضي الرجوع على المالك وهذه رواية وهو الاصح قال واذا حضر يعني المالك فللملتقط ان يمنعها منه حتى يحضر النفقة لانه حي بنفقته فصار كانه استفاد الملك من جهته فاشبه المبيع واقرب منه ذلك راد الآبق فان له الحبس لاستيفاء الجعل لما ذكرنا ثم لا يسقط دين النفقة بهلاكه في يد الملتقط قبل الحبس ويسقط اذا هلك بعد الحبس لانه يصير بالحبس شبيه الرهن قال ولقطة الحل والحرم سواء وقال الشافعي رحمه الله يجب التعريف الى ان يجيء صاحبها لقوله عليه السلام لا تحل لقطتها الا لمنشدها ولنا قوله عليه السلام اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة من غير فصل ولانها لقطة وفي التصدق بعد مدة التعريف ابقاء ملك المالك من وجه فيملكه كما في سائرها وتأويل ما روي انه لا يحل الالتقاط الا للتعريف والتخصيص بالحرم لبيان انه لا يسقط التعريف فيه لمكان انه للغرباء ظاهرا واذا حضر رجل فادعى اللقطة لم يدفع اليه حتى يقيم البينة وان اعطى علامتها حل للملتقط ان يدفعها اليه ولا يجبر على ذلك في القضاء وقال مالك والشافعي رحمهما الله يجبر والعلامة مثل ان يسمي وزن الدراهم وعددها ووكاءها ووعاءها لهما ان صاحب اليد ينازعه في اليد ولا ينازعه في الملك فيشترط الوصف لوجود المنازعة من وجه ولا يشترط اقامة البينة لعدم المنازعة من وجه ولنا ان اليد حق مقصود كالملك فلا يستحق الا بحجة وهو البينة اعتبارا بالملك الا انه يحل له الدفع عند اصابة العلامة لقوله عليه السلام فان جاء صاحبها وعرف عفاصها وعددها فادفعها اليه وهذا للاباحة عملا بالمشهور وهو قوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين على من انكر ويأخذ منه كفيلا اذا كان يدفعها اليه استيثاقا وهذا بلا خلاف لانه يأخذ الكفيل لنفسه بخلاف التكفيل لوارث غائب عنده واذا صدقه قيل لا يجبر على الدفع كالوكيل بقبض الوديعة وقيل يجبر لان المالك ههنا غير ظاهر والمودع مالك ظاهر ولا يتصدق باللقطة على غني لان

المامور

المأمور به هو التصدق لقوله عليه السلام فان لم يأت يعني صاحبها فليتصدق به والصدقة لا تكون على غني فاشبه الصدقة المفروضة وان كان الملتقط غنيا لم يجز له ان ينتفع بها وقال الشافعي رحمه الله يجوز لقوله عليه السلام في حديث ابي رضي الله عنه فان جاء صاحبها فادفعها اليه والا فانتفع بها وكان من المياسير ولانه انما يباح للفقير حملا له على دفعها صيانة لها والغني يشاركه فيه ولنا انه مال الغير فلا يباح الانتفاع به الا برضاه لاطلاق النصوص والاباحة للفقير لما رويناه او بالاجماع فيبقى ما وراءه على الاصل والغني محمول على الاخذ بحكم افتقاره في مدة التعريف والفقير قد يتوانى لاحتمال استغنائه فيها والانتفاع اي كان باذن الامام وهو جائز باذنه وان كان الملتقط فقيرا فلا باس بان ينتفع لما فيه من تحقيق النظر من الجانبين ولهذا جاز الدفع الى فقير غيره وكذا اذا كان الفقير اباه او ابنه او زوجته وان كان هو غنيا لما ذكرناه والله اعلم

كتاب الاباق

قال رحمه الله الآبق اخذه افضل في حق من يقوى عليه لما فيه من احيائه واما الضال فقد قيل كذلك وقيل تركه افضل لانه لا يبرح مكانه فيجده المالك ولا كذلك الآبق ثم آخذ الآبق يأتي به الى السلطان لانه لا يقدر على حفظه بنفسه بخلاف اللقطة ثم اذا رفع الآبق اليه يحبسه ولو رفع الضال لا يحبسه لانه لا يؤمن على الآبق الاباق ثانيا بخلاف الضال قال ومن رد الآبق على مولاه من مسيرة ثلاثة ايام فصاعدا فله عليه جعله اربعون درهما وان رده لاقل من ذلك فبحسابه وهذا استحسان والقياس ان لا يكون له شيء الا بالشرط وهو قول الشافعي رحمه الله لانه متبرع بمنافعه فاشبه العبد الضال ولنا ان الصحابة رضي الله عنهم اتفقوا على وجوب الجعل الا ان منهم من اوجب اربعين ومنهم من اوجب ما دونها فاوجبنا الاربعين في مسيرة السفر وما دونها فيما دونه توفيقا وتلفيقا ولان ايجاب الجعل اصله حامل على الرد اذ الحسبة نادرة فيحصل صيانة اموال الناس والتقدير بالسمع ولا سمع في الضال فامتنع ولان الحاجة الى صيانة الضال دونها الى صيانة الآبق لانه لا يتوارى والآبق يختفي ويقدر الرضخ في رده عما دون السفر باصطلاحهما او يفوض الى رأي القاضي وقيل يقسم الاربعين على الايام الثلاثة اذ هي اقل

سنة الشرع فان كانت قيمته اقل من اربعين يقضى له بقيمته الا درهما قال
رضي الله عنه وهذا قول محمد وقال ابو يوسف له اربعون درهما لان
التقدير بها ثبت بالنص فلا ينقص عنها ولهذا لا يجوز الصلح على الزيادة
بخلاف الصلح على الاقل لانه حط منه ولمحمد رحمه الله ان المقصود حمل
الغير على الرد ليحيى مال المالك فينتقص درهم ليسلم له شيء تحقيقا
للفائدة واما الولد والمدبر فهما بمنزلة القن اذا كان الرد في حيوة
المولى لما فيه من احياء ملكه ولو رد بعد مماته لا جعل فيهما لانهما يعتقان
بالموت بخلاف القن ولو كان الراد ابا المولى او ابنه وهو في عياله او
احد الزوجين على الآخر فلا جعل لان هؤلاء يتبرعون بالرد عادة
ولا يتناولهم اطلاق الكتاب قال فان ابق من الذي رده فلا
شيء عليه لانه امانة في يده لكن هذا اذا اشهد وقد ذكرناه في اللقطة
قال رضي الله عنه وذكر في بعض النسخ لا شيء عليه وهو صحيح ايضا
لانه في معنى البائع من المالك ولهذا كان له ان يحبس الآبق حتى يستوفي
الجعل بمنزلة البائع يحبس المبيع لاستيفاء الثمن وكذا اذا مات في يده
لا شيء عليه لما قلنا ولو اعتقه المولى كما لقيه صار قابضا بالاعتاق كما في
العبد المشترى وكذا اذا باعه من الراد لسلامة البدل له والرد وان كان
له حكم البيع لكنه بيع من وجه فلا يدخل تحت النهي الوارد عن بيع ما لم
يقبض قال وينبغي اذا اخذه ان يشهد انه يأخذه ليرده
والاشهاد حتم فيه على قول ابي حنيفة ومحمد حتى لو رده من لم يشهد
وقت الاخذ لا جعل له عندهما لان ترك الاشهاد امارة انه اخذه لنفسه
وصار كما اذا اشتراه من الآخذ او اتهبه او ورثه فرده على مولاه لا جعل
له لانه رده لنفسه الا اذا اشهد انه اشتراه ليرده فيكون له الجعل
وهو متبرع في اداء الثمن وان كان الآبق رهنا فالجعل على المرتهن لانه
احيا ماليته بالرد وهي حقه اذ الاستيفاء منها والجعل بمقابلة احياء
المالية فيكون عليه والرد في حيوة الراهن وبعده سواء لان الرهن لا
يبطل بالموت وهذا اذا كانت قيمته مثل الدين او اقل منه فان كانت
اكثر فبقدر الدين عليه والباقي على الراهن لان حقه بالقدر المضمون
فصار كثمن الدواء وتخليصه عن الجناية بالفداء وان كان مديونا فعلى
المولى ان اختار قضاء الدين وان بيع بدئ بالجعل والباقي للغرماء لانه مؤنة

الملك والملك فيه كالموقوف فيجب على من يستقر له وان كان جانيا فعلى
المولى ان اختار الفداء لعود المنفعة اليه وعلى الاولياء ان اختار الدفع
لعودها اليهم فان كان موهوبا فعلى الموهوب له وان رجع الواهب
في هبته بعد الرد لان المنفعة للواهب ما حصلت بالرد بل بترك الموهوب
له التصرف فيه بعد الرد وان كان لصبي فالجعل في ماله لانه مؤنة
ملكه وان رده وصيه فلا جعل له لانه هو الراعي يتولى الرد فيه والله اعلم

كتاب المفقود

قال رحمه الله اذا غاب الرجل ولم يعرف له
موضع ولا يعلم احي هو ام ميت نصب القاضي من يحفظ ماله ويقوم
عليه ويستوفي حقه لان القاضي نصب ناظرا لكل عاجز عن النظر لنفسه
والمفقود بهذه الصفة وصار كالصبي والمجنون وفي نصب الحافظ لماله
والقائم عليه نظر له وقوله يستوفي حقه لاخفاء انه يقبض غلاته
والدين الذي اقر به غريم من غرمائه لانه من باب الحفظ ويخاصم في دين
وجب بعقده لانه اصيل في حقوقه ولا يخاصم في الذي تولاه المفقود
ولا في نصيب له في عقار او عروض في يد رجل لانه ليس بمالك ولا نائب
عنه وانما هو وكيل بالقبض من جهة القاضي وانه لا يملك الخصومة بلا
خلاف وانما الخلاف في الوكيل بالقبض من جهة المالك في الدين واذا كان
كذلك يتضمن الحكم به قضاء على الغائب وانه لا يجوز الا اذا رآه القاضي وقضى
به لانه مجتهد فيه ثم ما كان يخاف عليه الفساد يبيعه القاضي لانه تعذر عليه
حفظ صورته ومعناه فينظر له بحفظ المعنى ولا يبيع ما لا يخاف عليه
الفساد في نفقته ولا غيرها لانه لا ولاية له على الغائب الا في حفظ ماله
فلا يسوغ له ترك حفظ الصورة وهو ممكن قال وينفق على زوجته
واولاده من ماله وليس هذا الحكم مقصورا على الاولاد بل يعم جميع قرابة
الولاد والاصل ان كل من يستحق النفقة في ماله حال الحضرة بغير قضاء
القاضي ينفق عليه من ماله في غيبته لان النفقة حينئذ تجب بالقضاء
والقضاء على الغائب ممتنع فمن الاول الاولاد الصغار والاناث
من الكبار والزمنى من الذكور الكبار ومن الثاني الاخ والاخت والخال والخالة
وقوله من ماله مراده الدراهم والدنانير لان حقهم في المطعوم و
الملبوس فاذا لم يكن ذلك في ماله يحتاج الى القضاء بالقيمة وهي النقدان
والتبر بمنزلتهما في هذا الحكم لانه يصلح قيمة كالمضروب وهذا اذا كانت في

يد القاضي فان كانت وديعة او دينا ينفق عليهم منهما اذا كان المودع و
المديون مقرين بالوديعة والدين والنكاح والنسب وهذا اذا لم يكونا
ظاهرين عند القاضي وان كانا ظاهرين لا حاجة الى الاقرار وان كان
احدهما ظاهرا الوديعة والدين والنكاح والنسب يشترط الاقرار بما ليس
بظاهر هذا هو الصحيح وان دفع المودع بنفسه او من عليه الدين بغير
امر القاضي يضمن المودع ولا يبرأ المديون لانه ما ادى الى صاحب الحق
ولا الى نايبه بخلاف ما اذا دفع بامر القاضي لان القاضي نايب عنه وان
كان المودع والمديون جاحدين اصلا او كانا جاحدين الزوجية والنسب
لم ينتصب احد من مستحقي النفقة خصما في ذلك لان ما يدعيه للغايب
لم يتعين سببا لثبوت حقه وهو النفقة لانها كما تجب في هذا المال تجب
في مال الآخر للمفقود قال ولا يفرق بينه وبين امراته وقال مالك رحمه الله
اذا مضى اربع سنين يفرق القاضي بينه وبين امراته وتعتد عدة الوفاة
ثم تتزوج من شاءت لان عمر رضي الله عنه هكذا اقضى في الذي استهوته
الجن بالمدينة وكفى به اماما ولانه منع حقها بالغيبة فيفرق القاضي بينهما
بعد مضي مدة اعتبارا بالايلاء والعنة وبعد هذا الاعتبار اخذ المقدار
منهما الاربع من الايلاء والسنين من العنة عملا بالشبهين ولنا قوله
عليه السلام في امراة المفقود انها امراته حتى ياتيها البيان وقول علي رضي الله
عنه فيها هي امراة ابتليت فلتصبر حتى يستبين موت او طلاق خرج بيانا
للبيان المذكور في المرفوع ولان النكاح عرف ثبوته والغيبة لا توجب
الفرقة والموت في حيز الاحتمال فلا يزال النكاح بالشك وعمر رضي الله عنه
رجع الى قول علي رضي الله عنه ولا معتبر بالايلاء لانه كان طلاقا معجلا
فاعتبر في الشرع مؤجلا وكان موجبا للفرقة ولا بالعنة لان الغيبة تعقب
الاوبة والعنة قلما تنحل بعد استمرارها سنة قال واذا تم له مائة و
عشرون سنة من يوم ولد حكمنا بموته قال رضي الله عنه وهذا
رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله وفي ظاهر الرواية يقدر بموت الاقران
وفي المروي عن ابي يوسف بمائة سنة وقدره بعضهم بتسعين والاقيس ان
لا يقدر بشيء والارفق ان يقدر بتسعين واذا حكم بموته اعتدت امراته
عدة الوفاة من ذلك الوقت وقسم ماله بين ورثته الموجودين في ذلك
الوقت كانه مات في ذلك الوقت معاينة اذ الحكمي معتبر بالحقيقي ومن مات

قبل ذلك لم يرث منه لانه لم يحكم بموته فيها فصار كما اذا كانت حياته
معلومة ولا يرث المفقود احدا مات في حال فقده لان بقاءه حيا في ذلك
الوقت باستصحاب الحال وهو لا يصلح حجة في الاستحقاق وكذا اذا
اوصي للمفقود ومات الموصي ثم الاصل انه لو كان مع المفقود وارث
لا يحجب به ولكنه ينتقص حقه به يعطى اقل النصيبين ويوقف الباقي و
ان كان معه وارث يحجب به لا يعطى اصلا بيانه رجل مات عن ابنتين
وابن مفقود وابني ابن وبنت ابن والمال في يد اجنبي وتصادقوا على فقد الابن
وطلبت الابنتان الميراث تعطيان النصف لانه متيقن به ويوقف النصف
الآخر ولا يعطى ولد الابن لانهم يحجبون بالمفقود لو كان حيا فلا يستحقون
الميراث بالشك ولا ينزع من يد الاجنبي الا اذا ظهرت منه خيانة ونظير
هذا الحمل فانه يوقف له ميراث ابن واحد على ما عليه الفتوى ولو كان معه
وارث آخر ان كان لا يسقط بحال ولا يتغير بالحمل يعطى كل نصيبه وان كان
ممن يسقط بالحمل لا يعطى وان كان ممن يتغير به يعطى الاقل للتيقن به كما في
المفقود وقد شرحناه في كفاية المنتهى باتم من هذا والله تعالى اعلم

كتاب الشركة

قال رضي الله عنه الشركة جائزة لانه
صلى الله عليه وسلم بعث والناس يتعاملونها فقررهم عليها قال
الشركة ضربان شركة املاك وشركة عقود فشركة الاملاك العين يرثها
رجلان او يشتريانها فلا يجوز لاحدهما ان يتصرف في نصيب الآخر الا بامره
وكل واحد منهما في نصيب صاحبه كالاجنبي وهذه الشركة تتحقق في غير
المذكور في الكتاب كما اذا اتهب الرجلان عينا او ملكاها بالاستيلاء
او اختلط كلاهما من غير صنع احدهما او بخلطهما خلطا يمنع التمييز راسا
او الا بحرج ويبيع احدهما نصيبه من شريكه في جميع الصور ومن غير شريكه
بغير اذنه الا في صورة الخلط والاختلاط فانه لا يجوز الا باذنه وقد بينا
الفرق في كفاية المنتهى والضرب الثاني شركة العقود وركنها الايجاب
والقبول وهو ان يقول احدهما شاركتك في كذا وكذا ويقول الآخر قبلت
وشرطه ان يكون التصرف المعقود عليه عقد الشركة قابلا للوكالة ليكون
ما يستفاد بالتصرف مشتركا بينهما فيتحقق حكمه المطلوب منه ثم هي اربعة
اوجه مفاوضة وعنان وشركة الصنائع وشركة الوجوه فاما شركة المفا
وضة فهو ان يشترك الرجلان فيتساويان في مالهما وتصرفهما ودينهما

لانها شركة عامة في جميع التجارات يفوض كل واحد منهما امر الشركة الى صاحبه
على الاطلاق اذ هي من المساوات قال قائلهم لا يصلح الناس فوضى لا سراة
لهم ولا سراة اذا جهالهم سادوا اي متساوين فلا بد من تحقيق المساواة
ابتداء وانتهاء وذلك في المال والمراد به ما يصح الشركة فيه ولا يعتبر التفاضل
فيما لا يصح فيه الشركة وكذا في التصرف لانه لو ملك احدهما تصرفا لا يملكه
الآخر فات التساوي وكذا في الدين لما نبين ان شاء الله وهذه الشركة
جائزة عندنا استحسانا وفي القياس لا يجوز وهو قول الشافعي وقال
مالك رحمه الله لا اعرف ما المفاوضة وجه القياس انهما تضمنت الوكالة
بمجهول الجنس والكفالة بمجهول وكل ذلك بانفراده فاسد وجه الاستحسان
قوله عليه السلام فاوضوا فانه اعظم للبركة وكذا الناس تعاملوها
من غير نكير وبه يترك القياس والجهالة متحملة تبعا كما في المضاربة ولا تنعقد
الا بلفظة المفاوضة لبعد شرايطها عن علم العوام حتى لو بينا جميع ما
يقتضيه يجوز لان المعتبر هو المعنى قال ويجوز بين الحرين الكبيرين
مسلمين او ذميين لتحقق التساوي وان كان احدهما كتابيا والاخر مجوسيا
يجوز ايضا لما قلنا ولا يجوز بين الحر والمملوك ولا بين الصبي والبالغ لا
نعدام المساواة لان الحر البالغ يملك التصرف الا باذن الولي قال
ولا بين المسلم والكافر وهذا قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف
يجوز للتساوي بينهما في الوكالة والكفالة ولا معتبر بزيادة تصرف
يملكه احدهما كالمفاوضة بين الشفعوي والحنفي فانها جائزة ويتفاوتان
في التصرف في متروك التسمية الا انه يكره لان الذمي لا يهتدي الى الجائز
من العقود ولهما انه لا يساوي في التصرفات فان الذمي لو اشترى
براس المال خمورا او خنازير صح ولو اشتراها مسلم لا يصح ولا يجوز بين
العبدين ولا بين الصبيين ولا بين المكاتبين لانعدام صحة الكفالة وفي
كل موضع لم تصح المفاوضة لفقد شرطه ولا يشترط ذلك في العنان
كان عنانا لاستجماع شرائط العنان اذ هو قد يكون خاصا وقد يكون عاما
قال وتنعقد على الوكالة والكفالة فاما الوكالة فلتحقق المقصود وهو
الشركة في المال على ما بينا والكفالة لتحقق المساواة فيما هو من مواجب التجا
رات وهو توجه المطالبة نحوهما جميعا قال وما يشتريه كل واحد منهما
يكون على الشركة الا طعام اهله وكسوتهم وكذا كسوته وكذا الادام لان

مقتضى العقد المساواة وكل واحد منهما قايم مقام صاحبه في التصرف فكان
شرا احدهما كشرائهما الا ما استثناه في الكتاب وهو استحسان لانه مستثنى
عن المفاوضة للضرورة فان الحاجة الراتبة معلوم الوقوع ولا يمكن ايجابه
على صاحبه ولا الصرف من ماله ولا بد من الشراء فيختص به ضرورة والقياس
ان يكون على الشركة لما بينا وللبائع ان ياخذ بالثمن ايهما شاء المشتري
بالاصالة وصاحبه بالكفالة ويرجع الكفيل على المشتري بحصته مما
ادى لانه قضى دينا عليه من مال مشترك بينهما قال وما يلزم كل
واحد منهما من الديون بدلا عما يصح فيه الاشتراك فالآخر ضامن له
تحقيقا للمساواة فمما يصح الاشتراك فيه الشراء والبيع والصلح عن دم
العمد وعن النفقة قال ولو كفل احدهما بمال عن اجنبي لزم صاحبه
عند ابي حنيفة وقالا لا يلزمه لانه تبرع ولهذا لا يصح من الصبي والعبد
والماذون والمكاتب ولو صدر من المريض يصح من الثلث وصار كالاقراض
والكفالة بالنفس ولابي حنيفة انه تبرع ابتداء ومعاوضة بقاء لانه يستوجب
الضمان بما يؤدي عن المكفول عنه اذا كانت الكفالة بامره فبالنظر الى
البقاء تتضمنه المفاوضة وبالنظر الى الابتداء لم يصح ممن ذكر ويصح
من الثلث من المريض بخلاف الكفالة بالنفس لانه تبرع ابتداء وانتهاء
واما الاقراض فعن ابي حنيفة رحمه الله انه يلزم صاحبه ولو سلم فهو
اعارة فيكون لمثلها حكم عينها لا حكم البدل حتى لا يصح فيه الاجل فلا
يتحقق معاوضة ولو كانت الكفالة بغير امره لا يلزم صاحبه في الصحيح
لانعدام معنى المعاوضة ومطلق الجواب في الكتاب محمول على المقيد
وضمان الغصب والاستهلاك بمنزلة الكفالة عند ابي حنيفة رحمه الله
لانه معاوضة انتهاء قال فان ورث احدهما مالا يصح فيه الشركة او
وهب له ووصل الى يده بطلت المفاوضة وصارت عنانا لفوات
المساواة فيما يصلح راس المال اذ هي شرط فيه ابتداء وبقاء وهذا لان
الآخر لا يشاركه فيما اصابه لانعدام السبب في حقه الا انها تنقلب
عنانا للامكان فان المساواة ليس بشرط فيه ولدوامه حكم الابتداء
لكونه غير لازم وان ورث احدهما عرضا فهو له ولا تفسد المفاوضة وكذا
العقار لانه لا تصح فيه الشركة فلا يشترط المساواة فيه **فصل**
ولا تنعقد الشركة الا بالدراهم والدنانير والفلوس النافقة وقال مالك

يجوز بالعروض والمكيل والموزون ايضا اذا كان الجنس واحدا لانها عقدت
على راس مال معلوم فاشبه النقود بخلاف المضاربة لان القياس
يأباها لما فيها من ربح ما لم يضمن فيقتصر على مورد الشرع ولنا انه يودي
الى ربح ما لم يضمن لانه اذا باع كل واحد منهما راس ماله وتفاضل الثمنان
فما يستحقه احدهما من الزيادة في مال صاحبه ربح ما لم يملك وما لم
يضمن بخلاف الدراهم والدنانير لان ثمن ما اشتريه في ذمته اذ هي لا
تتعين فكان ربح ما يضمن ولان اول التصرف في العروض البيع وفي النقود
الشرا وبيع احدهما ماله على ان يكون الاخر شريكا في ثمنه لا يجوز وشرا
احدهما شيا بماله على ان يكون المبيع بينه وبين غيره جائز واما الفلوس
النافقة فلانها تروج رواج الاثمان فالتحقت بها قالوا هذا قول محمد
لانها ملحقة بالنقود عنده حتى لا تتعين بالتعيين ولا يجوز بيع اثنين
بواحد باعيانهما على ما عرف اما عند ابي حنيفة وابي يوسف لا تجوز
الشركة والمضاربة بها لان ثمنيتها تتبدل ساعة فساعة وتصير سلعة
ويروى عن ابي يوسف مثل قول محمد والاول اقيس واظهر وعن ابي حنيفة
صحة المضاربة بها قال ولا يجوز بما سوى ذلك الا ان يتعامل الناس
بالتبر والنقرة فتصح الشركة بهما هكذا ذكر في الكتاب وذكر في الجامع
الصغير ولا يكون المفاوضة بمثاقيل ذهب او فضة ومراده التبر
فعلى هذه الرواية التبر سلعة تتعين بالتعيين فلا يصح راس المال
في المضاربات والشركات وذكر في كتاب الصرف ان النقرة لا تتعين
بالتعيين حتى لا ينفسخ العقد بهلاكه قبل التسليم فعلى تلك الرواية
تصلح راس المال فيهما وهذا لما عرف انهما خلقا ثمنين في الاصل الا ان
الاول اصح لانها وان خلقت للتجارة في الاصل لكن الثمنية تختص بالضرب
المخصوص لان عند ذلك لا يصرف الى شي اخر ظاهرا الا ان يجري التعامل
باستعمالهما ثمنا فينزل التعامل منزلة الضرب فيكون ثمنا فيصلح
راس المال ثم قوله ولا يجوز بما سوى ذلك يتناول المكيل والموزون والعددي المتقارب ولا خلاف فيه بيننا قبل الخلط ولكل واحد
منهما متاعه وعليه وضيعته وان خلطا ثم اشتركا فكذلك عند ابي يوسف
والشركة شركة ملك لا عقد وعند محمد رحمه الله يصح شركة العقد و
ثمرة الاختلاف تظهر عند التساوي في المالين واشتراط التفاضل

في الربح

اطلقت يكون عنانا لان مطلقه ينصرف اليه وهي جائزة عندنا خلافا
للشافعي والوجه من الجانبين على ما قدمناه في شركة العمل
وكل واحد منهما وكيل الاخر فيما يشتريه لان التصرف على الغير لا يجوز الا
بالوكالة او الولاية ولا ولاية فيتعين الاول وان شرطا ان المشترى بينهما
نصفان والربح كذلك يجوز ولا يجوز ان يتفاضلا فيه فان شرطا
ان يكون المشترى بينهما اثلاثا فالربح كذلك وهذا لان الربح لا يستحق
الا بالمال او بالعمل او بالضمان فرب المال يستحقه بالمال والمضارب
بالعمل والاستاذ الذي يلقي العمل على التلميذ بالنصف بالضمان و
لا يستحق بما سواها الا ترى ان من قال لغيره تصرف في مالك على ان لي
ربحه لم يجز لعدم هذه المعاني واستحقاق الربح في شركة الوجوه بالضمان
لضمان على ما قدر ملك المشترى فكان الربح الزائد عليه ربح ما لم يضمن فلا يصح
اشتراطه الا في المضاربة والوجوه ليست في معناها بخلاف العنان لانه
في معناها من حيث ان كل واحد يعمل في مال صاحبه فيلحق بها **فصل**
في الشركة الفاسدة ولا تجوز الشركة في الاحتطاب والاصطياد وما اصطاده كل واحد منهما او احتطبه فهو له دون صاحبه وعلى هذا الاشتراك في
اخذ كل شي مباح لان الشركة متضمنة معنى الوكالة والتوكيل في اخذ
المباح لا يصح لان امر الموكل به غير صحيح والوكيل يملكه بدون امره فلا
يصلح نائبا عنه وانما يثبت الملك لهما بالاخذ واحراز المباح فان اخذاه
معا فهو بينهما نصفان لاستوائهما في سبب الاستحقاق وان اخذه
احدهما ولم يعمل الاخر شيا فهو للعامل لوجود السبب منه وان عمل
احدهما واعانه الاخر في العمل بان قلعه احدهما وجمعه الاخر او قلعه وجمعه
وحمله الاخر فللمعين اجر مثله بالغا ما بلغ عند محمد وعند ابي يوسف
لا يجاوز به نصف ثمن ذلك وقد عرف في موضعه قال واذا اشتركا
ولاحدهما بغل وللاخر راوية يستقي عليها الماء والكسب بينهما لا تصح
الشركة والكسب كله للذي استقى وعليه اجر مثل الراوية ان كان من صاحب
البغل وان كان من صاحب الراوية فعليه اجر مثل البغل اما فساد الشركة
فلانعقادها على احراز المباح وهو الماء واما وجوب الاجر فلان المباح
صار ملكا للمحرز وهو المستقي وقد استوفى منافع ملك الغير وهو البغل

او الرابحة بعقد فاسد فيلزمه اجره وكل شركة فاسدة فالربح فيها على قدر
المال ويبطل شرط التفاضل لان الربح فيه تابع للمال فيتقدر بقدره
كما ان الريع تابع للبذر في المزارعة والزيادة انما يستحق بالتسمية وقد
فسدت فبقي الاستحقاق على قدر راس المال واذا مات احد الشريكين
او ارتد ولحق بدار الحرب بطلت الشركة لانها تتضمن الوكالة ولا بد
منها لتتحقق الشركة على ما مر والوكالة تبطل بالموت وكذا بالالتحاق
مرتدا اذا قضى القاضي بلحاقه لانه بمنزلة الموت على ما بيناه من قبل ولا
فرق بينما اذا علم الشريك بموت صاحبه او لم يعلم لانه عزل حكمي واذا
بطلت الوكالة بطلت الشركة بخلاف ما اذا فسخ احد الشريكين الشركة
ومال الشركة دراهم او دنانير حيث يتوقف على علم الآخر لانه عزل
قصدي **فصل** وليس لاحد الشريكين ان يؤدي زكوة ماله
الا باذنه لانه ليس من جنس التجارة فان اذن كل واحد منهما لصاحبه
ان يؤدي زكوة ماله فادى كل واحد منهما فالثاني ضامن علم باداء
الاول او لم يعلم وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا يضمن وهذا اذا ادّيا على
التعاقب اما اذا اديا معا ضمن كل واحد منهما نصيب صاحبه وعلى هذا
الاختلاف المامور باداء الزكوة اذا تصدق على الفقير بعدما ادى الآمر
بنفسه لهما انه مامور بالتمليك من الفقير وقد اتى به فلا يضمن للموكل وهذا
لان في وسعه التمليك لا وقوعه زكوة لتعلقه بنية الموكل وانما يطلب
منه ما في وسعه وصار كالمامور بذبح دم الاحصار اذا ذبح بعدما زال
الاحصار وحج الآمر لم يضمن المامور علم او لم يعلم وله انه مامور باداء الزكوة
والمؤدي لم يقع زكوة فصار مخالفا وهذا لان المقصود من الامر اخراج
نفسه عن عهدة الواجب لان الظاهر انه لا يلتزم الضرر الا لدفع الضرر وهذا
المقصود حصل باداءه وعرى اداء المامور عنه فصار معزولا علم او لم يعلم
لانه عزل حكمي واما دم الاحصار فقد قيل على هذا الاختلاف وقيل بينهما
فرق ووجهه ان الدم ليس بواجب عليه فانه يمكنه ان يصبر حتى يزول
الاحصار وفي مسئلتنا الاداء واجب فاعتبر الاسقاط مقصودا فيه
دون دم الاحصار قال واذا اذن احد المتفاوضين لصاحبه
ان يشتري جارية فيطأها ففعل فهي له بغير شيء عند ابي حنيفة وقالا
يرجع عليه بنصف الثمن لانه ادى دينا عليه خاصة من مال مشترك فيرجع

عليه بنصيبه

عليه صاحبه بنصيبه كما في شرى الطعام والكسوة وهذا لان الملك واقع
له خاصة والثمن بمقابلة الملك وله ان الجارية دخلت في الشركة على
البتات جريا على مقتضى الشركة اذ هما لا يملكان تغييره فاشبه حال عدم
الاذن غير ان الاذن يتضمن هبة نصيبه منه لان الوطء لا يحل الا بالملك
ولا وجه الى اثباته بالبيع لما بينا انه يخالف مقتضى الشركة فاثبتناه
بالهبة الثابتة في ضمن الاذن بخلاف الطعام والكسوة لان ذلك مستثنى
عنها للضرورة فيقع الملك له خاصة بنفس العقد فكان مؤديا دينا
عليه من مال الشركة وفي مسئلتنا قضى دينا عليهما لما بينا وللبائع
ان ياخذ بالثمن ايهما شاء بالاتفاق لانه دين عليه وجب بسبب التجارة
والمفاوضة تضمنت الكفالة فصار كالطعام والكسوة

كتاب الوقف

قال ابو حنيفة رحمه الله لا يزول ملك الواقف عن الوقف
الا ان يحكم به الحاكم او يعلقه بموته فيقول اذا مت فقد وقفت داري
على كذا وقال ابو يوسف رحمه الله يزول الملك بمجرد القول وقال
محمد لا يزول حتى يجعل للوقف وليا ويسلمه اليه قال رحمه الله
الوقف لغة هو الحبس تقول وقفت الدابة واوقفتها بمعنى
وهو في الشرع عند ابي حنيفة حبس العين على ملك الواقف والتصدق
بالمنفعة بمنزلة العارية ثم قيل المنفعة معدومة فالتصدق بالمعدوم
لا يصح فلا يجوز الوقف اصلا عنده وهو الملفوظ في الاصل والاصح
انه جائز عنده الا انه غير لازم بمنزلة العارية وعندهما حبس العين على
حكم ملك الله فيزول ملك الواقف عنه الى الله على وجه تعود منفعته
الى العباد فيلزم ولا يباع ولا يوهب ولا يورث واللفظ ينتظمهما والترجيح بالدليل
لهما قوله عليه السلام لعمر حين اراد ان يتصدق بارض له تدعى ثمغ تصدق
باصلها لا يباع ولا يوهب ولا يورث ولان الحاجة ماسة الى ان يلزم الوقف
منه ليصل ثوابه اليه على الدوام وقد امكن دفع حاجته باسقاط الملك
وجعله لله تعالى اذ له نظير في الشرع وهو المسجد فيجعل كذلك وله قوله
عليه السلام لا حبس عن فرائض الله وعن شريح جاء محمد عليه السلام ببيع الحبيس
ولان الملك باق فيه بدليل انه يجوز الانتفاع به زراعة وسكنى وغير ذلك
والملك فيه للواقف الا ترى ان له ولاية التصرف فيه بصرف غلاته الى مصارفها
ونصب الا انه تصدق بمنافعه فصار شبيه العارية ولانه يحتاج الى التصدق

القوام عليها

بالغلة دائما ولا يتصدق عنه الا بالبقاء على ملكه ولانه لا يمكن ان يزال الملك
لا الى مالك لانه غير مشروع مع بقائه كالسائبة بخلاف الاعتاق لانه اتلاف
وبخلاف المسجد لانه جعله خالصا لله ولهذا لا يجوز له الانتفاع به وههنا
لم ينقطع حق العبد عنه فلم يصر خالصا لله قال رضي الله عنه قال
في الكتاب لا يزول ملك الواقف الا ان يحكم به الحاكم او يعلقه بموته
وهذا في حكم الحاكم صحيح لانه قضاء في مجتهد فيه اما في تعليقه بالموت
فالصحيح انه لا يزول ملكه الا انه يتصدق بمنافعه مؤبدا فيصير بمنزلة
الوصية بالمنافع مؤبدا فيلزم والمراد بالحاكم المولى فاما المحكم ففيه اختلاف
المشايخ ولو وقف في مرض موته قال الطحاوي هو بمنزلة الوصية
بعد الموت والصحيح انه لا يلزم عند ابي حنيفة وعندهما يلزم الا انه
يعتبر من الثلث والوقف في الصحة من جميع المال واذا كان الملك
يزول عندهما يزول بالقول عند ابي يوسف وهو قول الشافعي
بمنزلة الاعتاق لانه اسقاط الملك وعند محمد لا بد من التسليم الى المتولي
لان حق الله انما يثبت فيه في ضمن التسليم الى العبد لان التمليك من الله
وهو مالك الاشياء لا يتحقق مقصودا وقد يكون تبعا لغيره فيأخذ حكمه
فينزل بمنزلة الزكاة والصدقة قال واذا صح الوقف على اختلافهم
وفي بعض النسخ واذا استحق خرج من ملك الواقف ولم يدخل في ملك
الموقوف عليه لانه لو دخل في ملك الموقوف عليه لا يتوقف عليه بل ينفذ
بيعه كسائر املاكه ولانه لو ملكه لما انتقل عنه بشرط المالك الاول كسائر
املاكه قال رضي الله عنه وقوله خرج عن ملك الواقف يجب ان يكون
على قولهما على الوجه الذي سبق تقريره قال ووقف المشاع جائز
عند ابي يوسف لان القسمة من تمام القبض والقبض عنده ليس بشرط
فكذا ما يتم به وهذا فيما يحتمل القسمة واما فيما لا يحتمل القسمة فيجوز
مع الشيوع عند محمد ايضا لانه يعتبرها بالهبة والصدقة المنفذة الا في المسجد
والمقبرة فانه لا يتم مع الشيوع فيما لا يحتمل القسمة ايضا عند ابي يوسف
لان بقاء الشركة يمنع الخلوص لله ولان المهايأة فيهما في غاية القبح بان يقبر
فيه الموتى سنة ويزرع سنة ويصلى فيه سنة ويتخذ اصطبلا في وقت
الوقف فلامكان الاشتغال وقسمة الغلة ولو وقف الكل ثم استحق جزء منه
بطل في الباقي عند محمد لان الشيوع مقارن كما في الهبة بخلاف ما اذا رجع

الواهب

في البعض او رجع الوارث في الثلثين من بعد موت المريض وقد وهب
او وقف في مرضه وفي المال ضيق لان الشيوع في ذلك طارئ ولو استحق
جزء مميز بعينه لم يبطل في الباقي لعدم الشيوع ولهذا جاز في الابتداء
وعلى هذا الهبة والصدقة المملوكة قال ولا يتم الوقف عند ابي
حنيفة ومحمد حتى يجعل آخره بجهة لا ينقطع ابدا وقال ابو يوسف اذا
سمى فيه جهة ينقطع جاز وصار بعدها للفقراء وان لم يسمهم لهما
ان موجب الوقف زوال الملك بدون التمليك وانه يتأبد كالعتق
فاذا كانت الجهة يتوهم انقطاعها لا يتوفر عليه مقتضاه فلهذا كان
التوقيت مبطلا له كالتوقيت في البيع ولابي يوسف ان المقصود
هو التقرب الى الله وهو موفر عليه لان التقرب تارة يكون بالصرف
الى جهة ينقطع ومرة بالصرف الى جهة تتأبد فيصح في الوجهين وقيل
ان التأبيد شرط بالاجماع الا ان عند ابي يوسف لا يشترط ذكر التأبيد
لان لفظة الوقف والصدقة منبئة عنه لما بينا انه ازالة الملك
بدون التمليك كالعتق ولهذا قال في الكتاب في بيان قوله وصار
بعدها للفقراء وان لم يسمهم وهذا هو الصحيح وعند محمد ذكر
التأبيد شرط لان هذا صدقة بالمنفعة او بالغلة وذلك قد يكون
موقتا وقد يكون مؤبدا فمطلقه لا ينصرف الى التأبيد فلا بد من
التنصيص قال ويجوز وقف العقار لان جماعة من الصحابة
رضي الله عنهم وقفوه ولا يجوز وقف ما ينقل ويحول قال
رضي الله عنه وهذا على الارسال قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف
اذا وقف ضيعة ببقرها واكرتها وهم عبيده جاز وكذا سائر آلات
الحراثة لانه تبع للارض في تحصيل ما هو المقصود وقد يثبت من الحكم
تبعا ما لا يثبت مقصودا كالشرب في البيع والبناء في الوقف ومحمد رحمه الله
معه فيه لانه لما جاز افراد بعض المنقول بالوقف عنده فلان يجوز الوقف
فيه تبعا اولى وقال محمد يجوز حبس الكراع والسلاح معناه وقفه
في سبيل الله وابو يوسف معه فيه على ما قالوا وهذا استحسان و
القياس لا يجوز لما بينا من قبل وجه الاستحسان الآثار المشهورة فيه
منها قوله عليه السلام واما خالد فقد حبس ادرعا وافراسا في سبيل الله
وطلحة رضي الله عنه حبس دروعه في سبيل الله ويروى اكراعه والكراع

الخيل ويدخل في حكمه الابل لان العرب يجاهدون عليها وكذا السلاح يحمل
عليها وعن محمد انه يجوز وقف ما فيه تعامل من المنقولات كالفاس والمر
والقدوم والمنشار والجنازة وثيابها والقدور والمراجل والمصاحف
وعند ابي يوسف لا يجوز لان القياس انما يترك بالنص والنص ورد
في الكراع والسلاح فيقتصر عليه ومحمد يقول القياس قد يترك بالتعامل
كما في الاستصناع وقد وجد التعامل في هذه الاشيا وعن نصير بن يحيى
انه وقف كتبه الحاقا لها بالمصحف وهذا صحيح لان كل واحد يمسك
للدين تعليما وتعلما وقراءة واكثر فقهاء الامصار على قول محمد وما لا تعامل
فيه لا يجوز وقفه عندنا وقال الشافعي رحمه الله كل ما يمكن الانتفاع
به مع بقاء اصله ويجوز بيعه يجوز وقفه لانه يمكن الانتفاع به فاشبه
العقار والكراع والسلاح ولنا ان الوقف فيه لا يتابد ولا بد منه على ما
بيناه فصار كالدراهم والدنانير بخلاف العقار ولا معارض من حيث
السمع ولا من حيث التعامل فبقي على اصل القياس وهذا لان العقار يتابد
والجهاد سنام الدين فكان معنى القربة فيهما اقوى فلا يكون غيرهما
في معناهما قال واذا صح الوقف لم يجز بيعه ولا تمليكه الا ان
يكون مشاعا عند ابي يوسف فيطلب الشريك القسمة فيصح مقاسمته
اما امتناع التمليك فلما بينا واما جواز القسمة فلانها تمييز وافراز غاية
الامر ان الغالب في غير المكيل والموزون معنى المبادلة الا انا في الوقف
جعلنا الغالب معنى الافراز نظرا للوقف فلم يكن بيعا وتمليكا ثم ان
وقف نصيبه من عقار مشترك فهو الذي يقاسم شريكه لان الولاية الى
الواقف وبعد الموت الى وصيه وان وقف نصف عقار خالص له فالذي
يقاسمه القاضي او يبيع نصيبه الباقي من رجل ثم يقاسم المشتري ثم يشتري
منه ذلك لان الواحد لا يجوز ان يكون مقاسما ومقاسما ولو كان في
القسمة فضل دراهم ان اعطى الواقف لا يجوز لامتناع بيع الوقف
وان اعطى جاز ويكون بقدر الدراهم شراء قال والواجب ان
يبتدي من ارتفاع الوقف بعمارته شرط ذلك الواقف او لم يشترط
لان قصد الواقف صرف الغلة مؤبدا ولا تبقى دائمة الا بالعمارة فيثبت
شرط العمارة اقتضاء ولان الخراج بالضمان وصار كنفقة العبد الموصى
بخدمته فانها على الموصى له ثم ان كان الوقف على الفقراء لا يظفر بهم واقرب

اموالهم هذه الغلة فيجبيها ولو كان الوقف على رجل بعينه واخره
للفقراء فهو في ماله اي ماله شاء في حال حيوته ولا يؤخذ من الغلة
لانه معين يمكن مطالبته وانما يستحق العمارة بقدر ما يبقى الموقوف
على الصفة التي وقفه وان خرب يبنى على ذلك الوصف لانها
بصفتها صارت غلتها مصروفة الى الموقوف عليه فاما الزيادة
على ذلك فليست بمستحقة له فلا يجوز صرفها الى شيء اخر الا برضاه
ولو كان الوقف على الفقراء فكذلك عند البعض وعند الاكثر
يجوز ذلك والاول اصح لان الصرف الى العمارة ضرورة ابقاء الوقف
ولا ضرورة في الزيادة قال وان وقف دارا على سكنى ولده
فالعمارة على من له السكنى لان الخراج بالضمان على ما مر وصار كنفقة
العبد الموصى بخدمته فان امتنع من ذلك او كان فقيرا اجرها الحاكم
وعمرها باجرتها واذا عمرها ردها الى من له السكنى لان في ذلك رعاية
الحقين حق الواقف وحق صاحب السكنى لانه لو لم يعمرها يفوت
السكنى اصلا والاول اولى ولا يجبر الممتنع على العمارة لما فيه من تلف
ماله فاشبه امتناع صاحب البذر في المزارعة ولا يكون امتناعه
رضى منه ببطلان حقه لانه في حيز التردد ولا يصح اجارة من له السكنى
لانه غير مالك قال وما انهدم من بناء الوقف والته صرفه الحاكم
في عمارته ان احتاج وان استغنى عنه امسكه حتى يحتاج الى عمارته فيصرفه
فيها لانه لا بد من العمارة ليبقى على التابيد فيحصل مقصود الواقف
فان مست الحاجة اليه في الحال صرفها فيها والا امسكها حتى لا يتعذر
عليه ذلك اوان الحاجة فيبطل المقصود وان تعذر اعادة العين الى موضعه
بيع وصرف ثمنه الى المرمة صرفا للبدل الى مصرف المبدل ولا يجوز ان
يقسمه يعني النقض بين مستحقي الوقف لانه جزء من العين ولا حق للمو
قوف عليهم فيه انما حقهم في المنافع والعين حق الله فلا يصرف اليهم
غير حقهم قال واذا جعل الواقف غلة الوقف لنفسه او جعل
الولاية اليه جاز عند ابي يوسف قال رضي الله عنه ذكر فصلين
شرط الغلة لنفسه وجعل الولاية اليه اما الاول فهو جائز عند ابي يوسف
ولا يجوز على قياس قول محمد وهو قول هلال الرازي وبه قال
الشافعي وقيل ان الاختلاف بينهما بناء على الاختلاف في اشتراط القبض

الاقرار وقيل هي مسئلة مبتدأة والخلاف فيما اذا شرط البعض لنفسه
في حال حيوته وبعد موته للفقراء وفيما اذا شرط الكل لنفسه في حيوته
وبعد موته للفقراء سواء ولو وقف وشرط البعض او الكل لا
مهات اولاده ومدبريه ما داموا احياء فاذا ماتوا فهو للفقراء
والمساكين فقد قيل يجوز بالاتفاق وقد قيل هو على الخلاف
ايضا وهو الصحيح لان اشتراطه لهم في حيوته كاشتراطه لنفسه
وجه قول محمد ان الوقف تبرع على وجه التمليك بالطريق الذي
قدمناه فاشتراط البعض او الكل لنفسه يبطله لان التمليك من
نفسه لا يتحقق فصار كالصدقة المنفذة وشرط بعض بقعة المسجد
لنفسه ولابي يوسف ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم كان
ياكل من صدقته والمراد منها صدقته الموقوفة ولا يحل الاكل منها الا بالشرط
فدل على صحته ولان الوقف ازالة الملك الى الله على وجه القربة على
ما بيناه فاذا شرط البعض او الكل لنفسه فقد جعل ما صار مملوكا
لله لنفسه لا ان يجعل ملك نفسه لنفسه وهذا جائز كما اذا بنى خانا
او سقاية او جعل ارضه مقبرة وشرط ان ينزله او يشرب منه او يدفن
فيه ولان مقصوده القربة وفي الصرف الى نفسه ذلك قال عليه
السلام نفقة الرجل على نفسه صدقة ولو شرط الواقف ان يستبدل
به ارضا اخرى اذا شاء ذلك فهو جائز عند ابي يوسف وعند محمد
الوقف جائز والشرط باطل ولو شرط الخيار لنفسه في الوقف ثلاثة
ايام جاز الوقف والشرط عند ابي يوسف وعند محمد الوقف
باطل وهذا بناء على ما ذكرنا واما فصل الولاية فقد نص فيه
على قول ابي يوسف وهو قول هلال رحمه الله ايضا وهو ظاهر
المذهب وذكر هلال في وقفه وقال اقوام ان شرط الواقف الولاية
لنفسه كانت له وان لم يشترط لم يكن له ولاية قال مشايخنا رحمهم الله
الاشبه ان يكون هذا قول محمد لان من اصله ان التسليم الى القيم
شرط لصحة الوقف واذا سلم لم يبق له ولاية فيه ولنا ان المتولي
انما يستفيد الولاية من جهته بشرطه فيستحيل ان لا يكون له الولاية
وغيره يستفيد الولاية منه ولانه اقرب الناس الى هذا الوقف فيكون
اولى بولايته كمن اتخذ مسجدا يكون اولى بعمارته ونصب المؤذن فيه

وكن

وكمن اعتق عبدا كان الولاء له لانه اقرب الناس اليه فلو ان الواقف شرط
ولايته لنفسه وكان الواقف غير مامون على الوقف فللقاضي ان
ينزعها من يده نظرا للفقراء كما له ان يخرج الوصي نظرا للصغار
وكذا اذا شرط ان ليس للسلطان ولا للقاضي ان يخرجها من يده و
يوليها غيره لانه شرط مخالف لحكم الشرع فبطل

فصل

واذا بنى مسجدا لم يزل ملكه عنه حتى يفرزه عن ملكه بطريقه وياذن للناس
بالصلاة فيه فاذا صلى فيه واحد زال عند ابي حنيفة عن ملكه اما الا
فراز فلانه لا يخلص لله تعالى الا به واما الصلاة فيه فلانه لا بد من
التسليم عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ويشترط تسليم نوعه وذلك في المسجد
بالصلاة فيه او لانه لما تعذر القبض يقام تحقق المقصود مقامه
ثم يكتفى بصلاة الواحد فيه في رواية عن ابي حنيفة وكذا عن محمد
لان فعل الجنس متعذر فيشترط ادناه وعن محمد انه يشترط الصلاة
بالجماعة لان المسجد يبنى كذلك في الغالب وقال ابو يوسف
يزول ملكه بقوله جعلته مسجدا لان التسليم عنده ليس بشرط
لانه اسقاط ملك العبد فيصير خالصا لله بسقوط حق العبد
وصار كالاعتاق وقد بيناه من قبل قال ومن جعل مسجدا
تحته سرداب او فوقه بيت وجعل باب المسجد الى الطريق وعزله
فله ان يبيعه وان مات يورث عنه لانه لم يخلص لله لبقاء حق العبد
متعلقا به ولو كان السرداب لمصالح المسجد جاز كما في مسجد بيت
المقدس وروى الحسن عنه انه قال اذا جعل السفل مسجدا وعلى ظهره
مسكن فهو مسجد لان المسجد مما يتابد وذلك يتحقق في السفل دون
العلو وعن محمد على عكس هذا لان المسجد معظم واذا كان فوقه
مسكن او مستغل يتعذر تعظيمه وعن ابي يوسف انه جوزه في الو
جهين حين قدم بغداد ورأى ضيق المنازل فكانه اعتبر الضرورة
وعن محمد انه حين دخل الري اجاز ذلك كله لما قلنا قال وكذلك
ان اتخذ وسط داره مسجدا واذن للناس بالدخول فيه يعني له
ان يبيعه ويورث عنه لان المسجد ما لا يكون لاحد فيه حق المنع واذا
ملكه محيطا بجوانبه كان له حق المنع فلم يصر مسجدا ولانه ابقى الطريق
لنفسه فلم يخلص لله وعن محمد انه لا يباع ولا يوهب ولا يورث اعتبره

مسجدا وهكذا عن ابي يوسف انه يصير مسجدا لانه لما رضي بكونه مسجدا
ولا يصير مسجدا الا بالطريق دخل فيه الطريق وصار مستحقا كما يدخل
في الاجارة من غير ذكر ومن اتخذ ارضه مسجدا لم يكن له ان يرجع فيه ولا
يبيعه ولا يورث عنه لانه تجرد عن حق العباد وصار خالصا لله وهذا
لان الاشياء كلها لله واذا اسقط العبد ما ثبت له من الحق رجع الى اصله
فانقطع تصرفه عنه كما في الاعتاق ولو خرب ما حول المسجد واستغني
عنه يبقى مسجدا عند ابي يوسف لانه اسقاط منه فلا يعود الى ملكه
وعند محمد يعود الى ملك الباني او الى وارثه بعد موته لانه عينه لنوع
قربة وقد انقطعت وجاز حصير المسجد وحشيشه اذا استغني عنه
الا ان ابا يوسف يقول في الحصير والحشيش انه ينقل الى مسجد اخر
قال ومن بنى سقاية للمسلمين او خانا يسكنه بنو السبيل او رباطا
او جعل ارضه مقبرة لم يزل ملكه عن ذلك الا ان يحكم به الحاكم عند ابي
حنيفة لانه لم ينقطع عن حق العبد الا ترى ان له ان ينتفع به فيسكن في الخان
وينزل في الرباط ويشرب من السقاية ويدفن في المقبرة فيشترط حكم
الحاكم او الاضافة الى ما بعد الموت كما في الوقف على الفقراء بخلاف
المسجد لانه لم يبق له حق الانتفاع به فخلص لله تعالى من غير حكم الحاكم وعند
ابي يوسف يزول ملكه بالقول كما هو اصله اذ التسليم عنده
ليس بشرط والوقف لازم وعند محمد اذا استقى الناس من السقاية
وسكنوا الخان والرباط ودفنوا في المقبرة زال الملك لان التسليم عنده
شرط والشرط تسليم نوعه وذلك بما ذكرناه ويكتفى بالواحد لتعذر
فعل الجنس كله وعلى هذا البئر والحوض ولو سلم الى المتولي صح التسليم
في هذه الوجوه كلها لانه نائب عن الموقوف عليه وفعل النائب كفعل المنوب
عنه واما في المسجد فقد قيل لا يكون تسليما لانه لا تدبير للمتولي فيه
وقيل يكون تسليما لانه يحتاج الى من يكنسه ويغلق بابه واذا سلم اليه
صح التسليم والمقبرة في هذا بمنزلة المسجد على ما قيل لانه لا متولي له
عرفا وقد قيل هي بمنزلة السقاية والخان فيصح التسليم الى المتولي
لانه لو نصب المتولي يصح وان كان بخلاف العادة ولو جعل دارا له بمكة
سكنى للمساكين او جعلها في ثغر من الثغور سكنى للغزاة والمرابطين او
جعل غلة ارضه للغزاة في سبيل الله ودفع ذلك الى وال يقوم عليه

فهو جائز ولا رجوع فيها لما بينا الا ان في الغلة تحل للفقراء دون الاغنياء
وفيما سواه من سكنى الخان والاستقاء من البئر والسقاية وغير ذلك
يستوي فيه الفقير والغني والفارق هو العرف في الفصلين فان
اهل العرف يريدون بذلك في الغلة الفقراء وفي غيرها التسوية
بينهم وبين الاغنياء ولان الحاجة تشمل الغني والفقير في الشرب و
النزول والغني لا يحتاج الى صرف هذه الغلة لغناه والله اعلم

البيع ينعقد بالايجاب
والقبول اذا كانا بلفظ الماضي مثل ان يقول احدهما بعت والاخر
يقول اشتريت لان البيع انشاء تصرف والانشاء يعرف بالشرع والمو
ضوع للاخبار قد استعمل فيه فينعقد به ولا ينعقد بلفظين احدهما
لفظ المستقبل بخلاف النكاح وقد مر الفرق هناك وقوله رضيت
او اعطيتك بكذا او خذه بكذا في معنى قوله بعت واشتريت لانه
يؤدي معناه والمعنى هو المعتبر في هذه العقود ولهذا ينعقد بالتعاطي
في النفيس والخسيس هو الصحيح لتحقق المراضاة قال واذا اوجب
احد المتعاقدين البيع فالاخر بالخيار ان شاء قبل في المجلس وان شاء
رده وهذا خيار القبول لانه لو لم يثبت له الخيار يلزمه حكم العقد
من غير رضاه واذا لم يفد الحكم بدون قبول الاخر فللموجب ان يرجع
لخلوه عن ابطال حق الغير وانما يمتد الى اخر المجلس لان المجلس جامع
للمتفرقات فاعتبرت ساعاته ساعة واحدة دفعا للعسر وتحقيقا
لليسر والكتاب كالخطاب وكذا الارسال حتى اعتبر مجلس بلوغ
الكتاب واداء الرسالة وليس له ان يقبل في بعض المبيع ولا ان
يقبل المشتري ببعض الثمن لعدم رضى الاخر بتفرق الصفقة الا اذا
بين ثمن كل واحد صفقات معنى وايهما قام عن المجلس قبل القبول
بطل الايجاب لان القيام دليل الاعراض والرجوع وله ذلك على
ما ذكرنا واذا حصل الايجاب والقبول لزم البيع ولا خيار لواحد
منهما الا من عيب او عدم رؤية وقال الشافعي رحمه الله يثبت لكل
واحد منهما خيار المجلس لقوله عليه السلام المتبايعان بالخيار ما لم
يتفرقا ولنا ان في الفسخ ابطال حق الاخر فلا يجوز والحديث محمول
على خيار القبول وفيه اشارة اليه فانهما متبايعان حالة المباشرة لا بعدها

او يحتمله فيحمل عليه والتفرق تفرق الاقوال قال والاعواض
المشار اليها لا يحتاج الى معرفة مقدارها في جواز البيع لان بالاشارة
كفاية في التعريف وجهالة الوصف فيه لا تفضي الى المنازعة والا
ثمان المطلقة لا تصح الا ان تكون معروفة القدر والصفة لان
التسليم واجب بالعقد وهذه الجهالة مفضية الى المنازعة فيمتنع
التسليم والتسلم وكل جهالة هذه صفتها تمنع الجواز هذا هو الاصل
قال ويجوز البيع بثمن حال ومؤجل اذا كان الاجل معلوما
لاطلاق قوله واحل الله البيع وعنه عليه السلام انه اشترى طعاما
من يهودي الى اجل ورهنه درعه ولا بد ان يكون الاجل معلوما لان
الجهالة فيه مانعة من التسليم الواجب بالعقد فهذا يطالبه به
في قريب المدة وهذا يسلمه في بعيدها قال ومن اطلق الثمن
في البيع كان على غالب نقد البلد لانه المتعارف وفيه التحري للجواز
فيصرف اليه فان كانت النقود مختلفة فالبيع فاسد الا ان يبين
احدها وهذا اذا كان الكل في الرواج سواء لان الجهالة مفضية الى
المنازعة الا ان ترتفع الجهالة بالبيان او يكون احدها اغلب واروج فحينئذ
يصرف اليه تحريا للجواز وهذا اذا كانت مختلفة في المالية فان كانت
سواء فيها كالثنائي والثلاثي والنصرتي اليوم بسمرقند والاختلاف
بين العدالي بفرغانة جاز البيع اذا اطلق اسم الدرهم كذا قالوا وينصرف
الى ما قدر به من اي نوع كان لانه لا منازعة ولا اختلاف في المالية
قال ويجوز بيع الطعام والحبوب مكايلة ومجازفة وهذا
اذا باعه بخلاف جنسه مجازفة لما فيه من احتمال الربوا ولان الجهالة
غير مانعة من التسليم فشابه جهالة القيمة ويجوز باناء بعينه لا يعرف
مقداره وبوزن حجر بعينه لا يعرف مقداره لان الجهالة لا تفضي الى
المنازعة لما انه يتعجل فيه التسليم فيندر هلاكه قبله بخلاف السلم
لان التسليم فيه متاخر والهلاك ليس بنادر قبله فيتحقق المنازعة
وعن ابي حنيفة انه لا يجوز في البيع ايضا والاول اصح واظهر قال ابو حنيفة
ومن باع صبرة طعام كل قفيز بدرهم جاز البيع في قفيز واحد عند ابي
حنيفة الا ان يسمي جميع قفزانها وقالا يجوز في الوجهين له انه تعذر الصرف
الى الكل لجهالة المبيع والثمن فيصرف الى الاقل وهو معلوم الا ان

وزوال

كتاب البيوع قال البيع ينعقد بالايجاب والقبول اذا كانا
بلفظ الماضي مثل ان يقول احدهما بعت والآخر يقول اشتريت لان البيع انشاء تصرف
والانشاء يعرف بالشرع والموضوع للاخبار قد استعمل فيه فينعقد به ولا ينعقد
بلفظين احدهما لفظ المستقبل بخلاف النكاح وقد مر الفرق هناك وقوله رضيت او اعطيتك
بكذا او خذه بكذا في معنى قوله بعت واشتريت لانه يؤدي معناه والمعنى هو المعتبر
في هذه العقود ولهذا ينعقد بالتعاطي في النفيس والخسيس هو الصحيح لتحقق المراضاة قال
واذا اوجب احد المتعاقدين البيع فالآخر بالخيار ان شاء قبل في المجلس وان شاء رده وهذا
خيار القبول لانه لو لم يثبت له الخيار يلزمه حكم العقد من غير رضاه واذا لم يفد الحكم بدون
قبول الآخر فللموجب ان يرجع لخلوه عن ابطال حق الغير وانما يمتد الى آخر المجلس لان المجلس
جامع للمتفرقات فاعتبرت ساعاته ساعة واحدة دفعا للعسر وتحقيقا لليسر والكتاب كالخطاب
وكذا الارسال حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتاب واداء الرسالة وليس له ان يقبل في بعض
المبيع ولا ان يقبل المشتري ببعض الثمن لعدم رضا الآخر بتفرق الصفقة الا اذا بين
ثمن كل واحد لانه صفقات معنى وايهما قام عن المجلس قبل القبول بطل الايجاب لان
القيام دليل الاعراض والرجوع وله ذلك على ما ذكرنا واذا حصل الايجاب والقبول
لزم البيع ولا خيار لواحد منهما الا من عيب او عدم رؤية وقال الشافعي رحمه الله يثبت
لكل واحد منهما خيار المجلس لقوله عليه السلام المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا ولنا ان في الفسخ
ابطال حق الآخر فلا يجوز والحديث محمول على خيار القبول وفيه اشارة اليه فانهما متبايعان
وقت المباشرة لا بعدها او يحتمله فيحمل عليه والتفرق فيه تفرق الاقوال قال والاعواض
المشار اليها لا يحتاج الى معرفة مقدارها في جواز البيع لان بالاشارة كفاية في التعريف و
جهالة الوصف فيه لا تفضي الى المنازعة والاثمان المطلقة لا تصح الا ان تكون معروفة
القدر والصفة لان التسليم واجب بالعقد وهذه الجهالة مفضية الى المنازعة فيمتنع
التسليم والتسلم وكل جهالة هذه صفتها تمنع الجواز هذا هو الاصل قال ويجوز
البيع بثمن حال ومؤجل اذا كان الاجل معلوما لاطلاق قوله تعالى واحل الله البيع وعنه
عليه السلام انه اشترى من يهودي الى اجل ورهنه درعه ولا بد ان يكون الاجل معلوما
لان الجهالة فيه مانعة من التسليم الواجب بالعقد فهذا يطالبه في قريب المدة وهذا
يسلمه في بعيدها قال ومن اطلق الثمن في البيع كان على غالب نقد البلد لانه
المتعارف وفيه التحري للجواز فيصرف اليه فان كانت النقود مختلفة فالبيع فاسد
الا ان يبين احدها وهذا اذا كانت الكل في الرواج سواء لان الجهالة مفضية الى
المنازعة الا ان ترتفع الجهالة بالبيان او يكون احدها اغلب واروج فحينئذ

يصرف

انشاء تصرف اي اثبات تصرف بعقد كما يثبت جرا والانشاء على هذا الوجه لا يعرف الا بالشرع لانه من اثبات معنى بكون اللفظ علة له والعبد لا يقدر على ذلك انما له قدرة الاخبار عن الحاصل او ما سيكون وطلبه فقولهم من الانشاء التمني والترجي والقسم والاستفهام اصطلاح في تسمية ما لا خارج لمعناه يطابقه او لا يطابقه انشاء وهو يعم ما ذكر وغيره مما يباينه الا ترى ان قولك لعل زيدا يأتي وليت لي مالا ليس علة لترجي ذلك او تمنيه بل دال على الترجي والتمني القائمين بالمتكلم كانه اخبر عن قيامهما به غير ان اهل الاصطلاح لا يسمونه اخبارا لما قلنا بخلاف بعت وطلقت فانه علة يثبت به شرعا معان لا قدرة للمتكلم على اثباتها والحاصل ان الانشاء على هذا الوجه لا يمكن الا ممن له الخلق والامر تبارك وتعالى سواء غيره انشاء اصطلاحا اولا واذا كان الانشاء لا يعرف الا بالشرع ولم يوضع له في اللغة لفظ يخصه والشرع استعمل في اثباته من اللغة لفظ الخبر اي وضعه علة لاثباته لذلك المعنى عنده فينعقد اي يثبت به انتهى العام

يصرف اليه تحريا للجواز وهذا اذا كانت مختلفة المالية فان كانت سواء فيها كالثنائي
والثلاثي والنصرتي اليوم بسمرقند والاختلاف بين العدالي بفرغانة جاز البيع اذا
اطلق اسم الدرهم كذا قالوا وينصرف الى ما قدر به من اي نوع كان لانه لا منازعة
ولا اختلاف في المالية قال ويجوز بيع الطعام والحبوب مكايلة ومجازفة
وهذا اذا باعه بخلاف جنسه لقوله عليه السلام اذا اختلف النوعان فبيعوا
كيف شئتم ولان الجهالة غير مانعة من التسليم فشابه جهالة القيمة بخلاف
ما اذا باع بجنسه مجازفة لما فيه من احتمال الربوا قال ويجوز باناء بعينه
لا يعرف مقداره وبوزن حجر بعينه لا يعرف مقداره لان الجهالة لا تفضي الى
المنازعة لما انه يتعجل فيه التسليم فيندر هلاكه قبله بخلاف السلم لان
التسليم فيه متأخر والهلاك ليس بنادر قبله فيتحقق المنازعة وعن ابي حنيفة
انه لا يجوز في البيع ايضا والاول اصح واظهر قال ومن باع صبرة طعام كل
قفيز بدرهم جاز البيع في قفيز واحد عند ابي حنيفة الا ان يسمي جميع قفزانها
وقالا يجوز في الوجهين له انه تعذر الصرف الى الكل لجهالة المبيع والثمن
فيصرف الى الاقل وهو معلوم الا ان تزول الجهالة بتسمية جميع القفزان
او بالكيل في المجلس ولهما ان الجهالة بيدهما ازالتها ومثلها غير مانع كما اذا باع
عبدا من عبدين على ان المشتري بالخيار ثم اذا جاز في قفيز واحد عند ابي حنيفة
للمشتري الخيار لتفرق الصفقة عليه وكذا اذا كيل في المجلس او سمى جملة
قفزانها لانه علم بذلك الآن فله الخيار كما اذا رآه ولم يكن رآه وقت
البيع ومن باع قطيع غنم كل شاة بدرهم فسد البيع في جميعها عند ابي حنيفة
وكذلك من باع ثوبا مذارعة كل ذراع بدرهم ولم يسم جملة الذرعان
وكذا كل معدود متفاوت وعندهما يجوز في الكل لما قلنا وعنده ينصرف
الى الواحد لما بينا غير ان بيع شاة من قطيع وذراع من ثوب لا يجوز للتفاوت
وبيع قفيز من صبرة يجوز لعدم التفاوت فلا يفضي الجهالة الى المنازعة فيه
وتفضي اليها في الاول فوضح الفرق قال ومن ابتاع صبرة على انها مائة قفيز
بمائة درهم فوجدها اقل كان المشتري بالخيار ان شاء اخذ الموجود بحصته وان
شاء فسخ البيع لتفرق الصفقة عليه فلم يتم رضاه بالموجود وان وجدها اكثر فالزيادة
للبايع لان البيع على مقدار معين والقدر ليس بوصف ومن اشترى ثوبا
على انه عشرة اذرع بعشرة او ارضا على انها مائة ذراع بمائة فوجدها اقل فالمشتري
بالخيار ان شاء اخذها بجملة الثمن وان شاء ترك لان الذرع وصف في الثوب الا

ترى انه عبارة عن الطول والعرض والوصف لا يقابله شيء من الثمن كاطراف الحيوان فلهذا
ياخذه بكل الثمن بخلاف الفصل الاول لان المقدار يقابله الثمن فلهذا ياخذه بحصته
الا انه يتخير لفوات الوصف المذكور لتغير المعقود عليه فيختل الرضا وان وجدها اكثر
من الذرع الذي سماه فهو للمشتري ولا خيار للبائع لانه صفة وكان بمنزلة ما اذا باعه
معيبا فاذا هو سليم ولو قال بعتكها على انها مائة ذراع بمائة كل ذراع بدرهم فوجدها
ناقصة فالمشتري بالخيار ان شاء اخذها بحصتها من الثمن وان شاء ترك لان الوصف وان
كان تابعا لكنه صار اصلا بافراده بذكر الثمن فينزل كل ذراع منزلة ثوب وهذا
لانه لو اخذه بكل الثمن لم يكن آخذا كل ذراع بدرهم وان وجدها زائدة فهو بالخيار
ان شاء اخذ الجميع كل ذراع بدرهم وان شاء فسخ البيع لانه ان حصل له الزيادة
في الذرع يلزمه الزيادة في الذرع يلزمه الزيادة في الثمن فكان نفعا يشوبه ضرر
فيتخير وانما يلزمه الزيادة لما بينا انه صار اصلا ولو اخذه بالاقل لم يكن آخذا
بالمشروط ومن اشترى عشرة اذرع من مائة ذراع من دار او حمام فالبيع فاسد
عند ابي حنيفة وقالا هو جائز وان اشترى عشرة اسهم من مائة سهم جاز في
قولهم جميعا لهما ان عشرة اذرع من مائة ذراع عشر الدار فاشبه عشرة اسهم
وله ان الذراع وهو المعين دون المشاع وذلك غير معلوم بخلاف السهم ولا فرق
عند ابي حنيفة بين ما اذا علم جملة الذرعان او لم يعلم هو الصحيح خلافا لما يقوله
الخصاف لبقاء الجهالة ولو اشترى عدلا على انه عشرة اثواب فاذا هو تسعة
او احد عشر فسد البيع لجهالة المبيع او الثمن ولو بين لكل ثوب ثمنا جاز في
فصل النقصان بقدره وله الخيار ولم يجز في الزيادة لجهالة العشرة المبيعة
وقيل عند ابي حنيفة لا يجوز في فصل النقصان ايضا وليس بصحيح بخلاف
ما اذا اشترى ثوبين على انهما هرويان فاذا احدهما مروي حيث لا يجوز فيهما
وان بين ثمن كل واحد لانه جعل القبول في المروي شرطا للعقد في الهروي وهو
شرط فاسد ولا قبول يشترط في المعدوم فافترقا ولو اشترى ثوبا واحدا
على انه عشرة اذرع كل ذراع بدرهم فاذا هو عشرة ونصف او تسعة ونصف
قال ابو حنيفة في الوجه الاول ياخذه بعشرة من غير خيار وفي الوجه الثاني ياخذه
بتسعة ان شاء وقال ابو يوسف في الوجه الاول ياخذه باحد عشر ان شاء وفي الوجه
الثاني بتسعة ونصف ويخير لان من ضرورة مقابلة الذراع بالدرهم مقابلة نصفه
بنصفه فيجري عليه حكمها ولابي يوسف رحمه الله انه لما افرد كل ذراع ببدل نزل
كل ذراع منزلة ثوب على حدة وقد انتقص ولابي حنيفة ان الذراع وصف في الا

وانما اخذ حكم المقدار بالشرط وهو مقيد بالذراع فعند عدمه عاد الحكم الى الاصل
وقيل في الكرباس الذي لا يتفاوت جوانبه لا يطيب للمشتري ما زاد على المشروط لانه
بمنزلة الموزون حيث لا يضره الفصل وعلى هذا قالوا يجوز بيع ذراع منه

فصل

ومن باع دارا دخل بناؤها في البيع وان لم يسمه لان اسم الدار يتناول العرصة
والبناء في العرف ولانه متصل به اتصال قرار فيكون تبعا له ومن باع ارضا دخل ما
فيها من النخل والشجر وان لم يسمه لانه متصل به للقرار فاشبه البناء ولا يدخل
الزرع في بيع الارض الا بالتسمية لانه متصل به للفصل فشابه المتاع الذي فيه
ومن باع نخلا او شجرا فيه ثمر فثمرته للبائع الا ان يشترطها المبتاع لقوله عليه السلام
من اشترى ارضا فيها نخل فالثمرة للبائع الا ان يشترط المبتاع ولان الاتصال
وان كان خلقة فهو للقطع لا للبقاء فصار كالزرع ويقال للبائع اقطعها وسلم
المبيع وكذا اذا كان فيها زرع لان ملك المشتري مشغول بملك البائع فكان عليه
تفريغه وتسليمه كما اذا كان فيه متاع وقال الشافعي رحمه الله يترك حتى يظهر صلاح
الثمر ويحصد الزرع لان الواجب انما هو التسليم المعتاد وفي العادة ان لا يقطع
وصار كما اذا انقضت مدة الاجارة وفي الارض زرع قلنا هناك التسليم واجب
ايضا حتى يترك باجر وتسليم العوض كتسليم المعوض ولا فرق بين ما اذا كان الثمر
بحال له قيمة او لم يكن في الصحيح ويكون في الحالين للبائع لان بيعه يجوز في اصح الر
وايتين على ما نبين فلا يدخل في بيع الشجر من غير ذكر واما اذا بيعت الارض وقد بذر
فيها صاحبها ولم ينبت بعد لم يدخل فيه لانه مودع فيها كالمتاع ولو نبت ولم تصر له قيمة
قد قيل لا يدخل فيه وقد قيل يدخل وكان هذا بناء على الاختلاف في جواز بيعه قبل
ان تناوله المشافر والمناجل ولا يدخل الزرع والثمر بذكر الحقوق والمرافق لانهما ليسا
منهما ولو قال بكل قليل وكثير هو له فيها ومنها من حقوقها او قال من مرافقها لم يدخلا
لما قلنا وان لم يقل من حقوقها او من مرافقها دخلا فيه اما الثمر المجذوذ والزرع
المحصود فبمنزلة المتاع لا يدخل الا بالتصريح به قال ومن باع ثمرة لم يبد صلاحها
او قد بدا جاز البيع لانه مال متقوم اما لكونه منتفعا به في الحال او في الثاني
وقد قيل لا يجوز قبل ان يبدو صلاحها والاول اصح وعلى المشتري قطعها في
الحال تفريغا لملك البائع هذا اذا اشتراها مطلقا او بشرط القطع وان شرط
تركها على النخيل فسد البيع لانه شرط لا يقتضيه العقد وهو شغل ملك الغير
او هو صفقة في صفقة وهو اعارة او اجارة في بيع وكذا بيع الزرع بشرط الترك لما
قلنا وكذا اذا تناهى عظمها عند ابي حنيفة وابي يوسف لما قلنا واستحسنه محمد

للعادة بخلاف ما اذا لم يتناه عظمه لانه شرط فيه الجزء المعدوم وهو الذي يزيد
بمعنى من الارض والشجر ولو اشتراها مطلقا وتركها باذن البايع طاب له وان
تركها بعد ما تناهى بغير اذنه تصدق بما زاد في ذاته لحصوله بجهة محظورة وان تركها
بعد ما تناهى لم يتصدق بشيء لان هذا تغير حالة لا تحقق زيادة وان اشتراها
مطلقا وتركها على النخيل وقد استاجر النخيل الى وقت الادراك طاب له الفضل
لان الاجارة باطلة لعدم التعارف والحاجة فبقي الاذن معتبرا بخلاف ما اذا اشترى
الزرع واستاجر الارض الى ان يدرك وتركه حيث لا يطيب له الفضل لان الاجارة
فاسدة للجهالة فاورثت خبثا ولو اشتراها مطلقا فاثمرت ثمرا اخر قبل القبض
فسد البيع لانه لا يمكنه تسليم المبيع لتعذر التمييز ولو اثمر بعد القبض يشتركان
فيه للاختلاط والقول قول المشتري في مقداره لانه في يده وكذا في الباذنجان و
البطيخ والمخلص ان يشتري الاصول ليحصل الزيادة على ملكه قال ولا يجوز ان
يبيع ثمرة ويستثني منها ارطالا معلومة خلافا لمالك لان الباقي بعد الاستثناء مجهول
بخلاف ما اذا استثنى نخلا معينا لان الباقي معلوم بالمشاهدة قال العبد الضعيف
قالوا هذا رواية الحسن وهو قول الطحاوي اما على ظاهر الرواية ينبغي ان يجوز لان
الاصل ان ما يجوز ايراد العقد عليه بانفراده يجوز استثناؤه من العقد وبيع قفيز
من صبرة جائز فكذا استثناؤه بخلاف استثناء الحمل واطراف الحيوان لانه لا يجوز بيعه
فكذا استثناؤه ويجوز بيع الحنطة في سنبلها والباقلي في قشره وكذا الارز والسمسم
قال الشافعي رح لا يجوز بيع الباقلاء الاخضر وكذا الجوز واللوز والفستق في قشره الاول
وله في بيع السنبلة قولان وعندنا يجوز ذلك كله له ان المعقود عليه مستور بما لا
منفعة له فيه فاشبه تراب الصاغة اذا بيع بجنسه ولنا ما روي عن النبي عليه السلام
انه نهى عن بيع النخل حتى يزهي وعن بيع السنبل حتى يبيض ويامن العاهة ولانه
حب منتفع به فيجوز بيعه في سنبله كالشعير والجامع كونه مالا متقوما بخلاف
تراب الصاغة لانه انما لا يجوز بيعه بجنسه لاحتمال الربوا حتى لو باعه بخلاف
جنسه لا يجوز ايضا لشبهة الربوا لانه لا يدري قدر ما في السنابل ومن باع دارا
دخل في البيع مفاتيح اغلاقها لانه يدخل فيه الاغلاق لانها مركبة فيها للبقاء
والمفتاح يدخل في بيع الغلق من غير تسمية لانه بمنزلة بعض منه اذ لا ينتفع
بدونه قال واجرة الكيال وناقد الثمن على البايع اما الكيل فلا بد منه للتسليم
وهو على البايع ومعنى هذا اذا بيع مكايلة وكذا اجرة الوزان والذراع والعداد
واما النقد فالمذكور رواية ابن رستم عن محمد لان النقد يكون بعد التسليم الا ترى

انه بعد الوزن والبايع هو المحتاج اليه ليميز ما تعلق به حقه من غيره او ليعرف المعيب
ليرده وفي رواية ابن سماعة عنه على المشتري لانه يحتاج الى تسليم الجيد المقدر والجودة
تعرف بالنقد كما يعرف القدر بالوزن فيكون عليه قال واجرة وزان الثمن على
المشتري لما بينا انه هو المحتاج الى تسليم الثمن وبالوزن يتحقق التسليم قال
ومن باع سلعة بثمن قيل للمشتري ادفع الثمن اولا لان حق المشتري تعين في المبيع
فيقدم دفع الثمن ليتعين حق البايع بالقبض لما انه لا يتعين بالتعيين تحقيقا للمساواة
قال ومن باع سلعة بسلعة او ثمنا بثمن قيل لهما سلما معا لاستوائهما في
التعيين فلا حاجة الى تقديم احدهما في الدفع باب خيار الشرط خيار الشرط
جايز في البيع للبايع والمشتري ولهما الخيار ثلاثة ايام فما دونها والاصل فيه ما روي
ان حبان بن منقذ بن عمرو الانصاري رضي الله عنه كان يغبن في البياعات فقال
له النبي عليه السلام اذا بايعت فقل لا خلابة ولي الخيار ثلاثة ايام ولا يجوز اكثر
منها عند ابي حنيفة وهو قول زفر والشافعي وقالا يجوز اذا سمى مدة معلومة
لحديث ابن عمر رضي الله عنهما انه اجاز الخيار الى شهرين ولان الخيار انما شرع للحاجة
الى التروي ليندفع الغبن وقد تمس الحاجة الى الاكثر فصار كالتاجيل في الثمن
ولابي حنيفة ان شرط الخيار يخالف مقتضى العقد وهو اللزوم وانما جوزناه بخلاف
القياس لما رويناه من النص فيقتصر على المدة المذكورة فيه وانتفت الزيادة الا
انه اذا اجاز في الثلاث جاز عند ابي حنيفة خلافا لزفر هو يقول انه انعقد فاسدا
فلا ينقلب جايزا وله انه اسقط المفسد قبل تقرره فيعود جايزا كما اذا باع بالرقم
واعلمه في المجلس ولان الفساد باعتبار اليوم الرابع فاذا اجاز قبل ذلك لم يتصل
المفسد بالعقد ولهذا قيل ان العقد يفسد بمضي جزء من اليوم الرابع وقيل
ينعقد فاسدا ثم يرتفع الفساد بحذف الشرط وهذا على الوجه الاول ولو اشترى
على انه ان لم ينقد الثمن الى ثلاثة ايام فلا بيع بينهما جاز والى اربعة ايام لا يجوز عند
ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يجوز الى اربعة ايام او اكثر فان نقد في الثلاث جاز
في قولهم جميعا والاصل فيه ان هذا في معنى اشتراط الخيار اذ الحاجة مست الى
الانفساخ عند عدم النقد تحرزا عن المماطلة في الفسخ فيكون ملحقا به وقد مر ابو
حنيفة على اصله في الملحق به ونفي الزيادة على الثلاث وكذا محمد في تجويز الزيادة
وابو يوسف اخذ في الاصل بالاثر وفي هذا بالقياس وفي هذه المسئلة قياس اخر
واليه مال زفر وهو انه بيع شرط فيه اقالة فاسدة لتعلقها بالشرط والصحيح
منها مفسد فاشتراط الفاسد اولى ووجه الاستحسان ما بيناه قال وخيار البايع

يمنع خروج البايع عن ملكه لان تمام هذا السبب بالمراضاة ولا يتم مع الخيار و
لهذا ينفذ عتقه ولا يملك المشتري التصرف وان قبضه باذن البايع فلو قبضه
المشتري وهلك في يده في مدة الخيار ضمنه بالقيمة لان البيع ينفسخ بالهلاك
لانه كان موقوفا ولا نفاذ بدون المحل فبقي مقبوضا في يده على سوم الشرا وفيه
القيمة ولو هلك في يد البايع انفسخ البيع ولا شي على المشتري اعتبارا بالصحيح
المطلق وخيار المشتري لا يمنع خروج المبيع عن ملك البايع بخلاف الخيار لان البيع
في جانب الاخر لازم وهذا لان الخيار انما يمنع خروج البدل عن ملك من له الخيار
لانه شرع نظرا له دون الاخر قال الا ان المشتري لا يملكه عند ابي حنيفة وقالا
يملكه لانه لما خرج عن ملك البايع فلو لم يدخل في ملك المشتري يكون زايلا
لا الى مالك ولا عهد لنا به في الشرع ولابي حنيفة انه لما لم يخرج الثمن عن ملكه
ولو قلنا بانه يدخل المبيع في ملكه لاجتمع البدلان في ملك رجل واحد حكما للمعاوضة
ولا اصل له في الشرع لان المعاوضة يقتضي المساواة ولان الخيار شرع نظرا للمشتري
ليتروى فيقف على المصلحة فلو ثبت ربما يعتق عليه من غير اختياره بان يكون قريبه
فيفوت النظر قال فان هلك في يده هلك بالثمن وكذا اذا دخله عيب بخلاف
ما اذا كان الخيار للبايع ووجه الفرق انه اذا دخله عيب يمتنع الرد والهلاك لا
يعرى عن مقدمة عيب فيهلك والعقد لازم فيلزم الثمن بخلاف ما تقدم لان
دخول العيب لا يمنع الرد حكما لخيار البايع فيهلك والعقد موقوف قال ومن
اشترى امرأته على انه بالخيار ثلثة ايام لم يفسد النكاح لانه لم يملكها لما له من
الخيار وان وطيها له ان يردها لان الوطي بحكم النكاح الا اذا كانت بكرا لان الوطي
ينقصها وهذا عند ابي حنيفة وقالا يفسد النكاح لانه ملكها وان وطيها لم يردها
لانه وطيها بملك اليمين فيمتنع الرد وان كانت ثيبا ولهذه المسألة اخوات كلها
تبتني على وقوع الملك للمشتري بشرط الخيار وعدمه منها عتق المشتري على المشتري اذا
كان قريبا له في مدة الخيار ومنها عتقه ان كان المشتري حلف ان ملكت عبدا
فهو حر بخلاف ما اذا قال ان اشتريت لانه يصير كالمنشي للعتق بعد الشرى فيسقط
الخيار ومنها ان حيض المشتراة في المدة لا يجتزأ به من الاستبرا عنده ولو ردت بحكم
الخيار الى البايع لا يجب عليه الاستبرا عنده وعندهما يجب اذا ردت بعد القبض
ومنها اذا ولدت المشتراة في المدة بالنكاح لا تصير ام ولد له عنده خلافا لهما ومنها
اذا قبض المشتري المبيع باذن البايع ثم اودعه عند البايع فهلك في يده في المدة هلك
من مال البايع لارتفاع القبض بالرد لعدم الملك وعندهما من مال المشتري لصحة

الايداع باعتبار قيام الملك ومنها لو كان المشتري عبدا ماذونا له فابراه البايع
عن الثمن في المدة بقي خياره عنده لان الرد امتناع عن الملك والماذون له يليه
وعندهما بطل خياره لانه لما ملكه كان الرد منه تمليكا بغير عوض وهو ليس من
اهله ومنها اذا اشترى ذمي من ذمي خمرا على انه بالخيار ثم اسلم في المدة بطل الخيار
عندهما لانه ملكها فلا يملك ردها وهو مسلم وعنده يبطل البيع لانه لم يملكها
فلا يتملكها باسقاط الخيار وهو مسلم قال ومن شرط له الخيار فله ان يفسخ في مدة
الخيار وله ان يجيز فان اجازه بغير حضرة صاحبه جاز وان فسخ لم يجز الا ان يكون
الاخر حاضرا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يجوز وهو قول الشافعي
والشرط هو العلم وانما كنى بالحضرة عنه له انه مسلط على الفسخ من جهة صاحبه فلا
يتوقف على علمه كالاجازة ولهذا لا يشترط رضاه وصار كالوكيل بالبيع ولهما انه تصرف
في حق الغير وهو بالرفع فلا يعرى عن المضرة لانه عساه يعتمد تمام البيع السابق فيتصرف
فيه فيلزمه غرامة القيمة بالهلاك فيما اذا كان الخيار للبايع ولا يطلب لسلعته مشتريا
فيما اذا كان الخيار للمشتري وهذا نوع ضرر فيتوقف على علمه فصار كعزل الوكيل
بخلاف الاجازة لانه لا الزام فيه ولا نقول بانه مسلط وكيف يقال ذلك وصاحبه
لا يملك الفسخ ولا يتسلط غيره على ما يملكه المسلط ولو كان فسخ في حال غيبة صاحبه
وبلغه في المدة تم الفسخ لحصول العلم به ولو بلغه بعد مضي المدة تم العقد بمضي
المدة قبل الفسخ قال واذا مات من له الخيار بطل خياره ولم ينتقل الى ورثته
وقال الشافعي يورث عنه لانه حق لازم ثابت في البيع فيجري فيه الارث كخيار العيب
والتعيين ولنا ان الخيار ليس الا مشية وارادة فلا يتصور انتقاله والارث
فيما يقبل الانتقال بخلاف خيار العيب لان المورث استحق المبيع سليما فكذا
الوارث اما نفس الخيار لا يورث وخيار التعيين يثبت للوارث ابتداء لاختلاط
ملكه بملك الغير لا ان يورث الخيار قال ومن اشترى شيئا وشرط الخيار لغيره
فايهما اجاز جاز وايهما نقض انتقض واصل هذا ان الشرط لغيره جاز استحسانا وفي
القياس لا يجوز وهو قول زفر لان الخيار من مواجب العقد واحكامه فلا يجوز
اشتراطه لغيره كاشتراط الثمن على غير المشتري ولنا ان الخيار لغير العاقد لا يثبت
الا بطريق النيابة عن العاقد فيقدم له اقتضاء ثم يجعل هو نايبا عنه تصحيحا
لتصرفه وعند ذلك يكون لكل واحد منهما الخيار فايهما اجاز جاز وايهما نقض انتقض
ولو اجاز احدهما وفسخ الاخر يعتبر السابق لوجوده في زمان لا يزاحمه غيره فيه
ولو خرج الكلامان منهما معا يعتبر تصرف العاقد في رواية وتصرف الفسخ في اخرى

وجه الاول ان تصرف العاقد اقوى لان النايب يستفيد الولاية منه ووجه الثاني
ان الفسخ اقوى لان المجاز يلحقه الفسخ والمفسوخ لا يلحقه الاجازة ولما ملك كل
واحد منهما التصرف رجحنا بحال التصرف وقيل الاول قول محمد والثاني قول ابي يوسف
واستخرج ذلك مما اذا باعه الوكيل من رجل والموكل من غيره معا فمحمد يعتبر فيه تصرف
الموكل وابو يوسف يعتبرهما قال ومن باع عبدين بالف درهم على انه بالخيار
في احدهما ثلثة ايام فالبيع فاسد وان باع كل واحد بخمسماية على انه بالخيار في احدهما
بعينه جاز البيع والمسئلة على اربعة اوجه احدها ان لا يفصل الثمن ولا يعين الذي
فيه الخيار وهو الوجه الاول في الكتاب وفساده لجهالة الثمن والمبيع لان الذي
فيه الخيار كالخارج عن العقد اذ العقد مع الخيار لا ينعقد في حق الحكم فبقي الداخل احدهما
وهو غير معلوم والوجه الثاني ان يفصل الثمن ويعين الذي فيه الخيار وهو المذكور
ثانيا في الكتاب وانما جاز لان المبيع معلوم والثمن معلوم وقبول العقد في الذي
فيه الخيار وان كان شرطا لانعقاد العقد في الاخر ولكن هذا غير مفسد للعقد
لكونه محلا للبيع كما اذا جمع بين قن ومدبر والثالث ان يفصل ولا يعين والرابع
ان يعين ولا يفصل والعقد فاسد في الوجهين اما لجهالة المبيع او لجهالة الثمن
قال ومن اشترى ثوبين على ان ياخذ ايهما شا بعشرة وهو بالخيار ثلثة
ايام فهو جايز وكذلك الثلثة وان كانت اربعة اثواب فالبيع فاسد والقياس
ان يفسد البيع في الكل لجهالة المبيع وهو قول زفر والشافعي وجه الاستحسان
ان شرع الخيار للحاجة الى دفع الغبن ليختار ما هو الارفق والحاجة الى هذا النوع من
المبيع متحققة لانه يحتاج الى اختيار من يثق به واختيار من يشتريه لاجله ولا
يمكنه البايع من الحمل اليه الا بالبيع فكان في معنى ما ورد به الشرع غير ان هذه الحاجة
تندفع بالثلث لوجود الجيد والوسط والردي فيها والجهالة لا تفضي الى المنازعة
لتعين من له الخيار وكذا في الاربع الا ان الحاجة اليها غير متحققة والرخصة ثبوتها
بالحاجة وكون الجهالة غير مفضية الى المنازعة ولا يثبت لاحدهما ثم قيل الشرط
ان يكون في هذا العقد خيار الشرط مع خيار التعيين وهو المذكور في الجامع الصغير
وقيل لا يشترط وهو المذكور في الجامع الكبير فيكون ذكره على هذا الاعتبار وفاقا
لا شرطا واذا لم يذكر خيار الشرط لا بد من توقيت خيار التعيين بالثلث عنده و
بمدة معلومة ايها كانت عندهما ثم ذكر في بعض النسخ اشترى ثوبين وفي بعضها
اشترى احد الثوبين وهو الصحيح لان المبيع في الحقيقة احدهما والاخر امانة
والاول تجوز واستعارة ولو هلك احدهما او تعيب لزمه البيع فيه بثمنه وتعين

الاخر للامانة لامتناع الرد بالتعيب ولو هلكا جميعا معا يلزمه نصف ثمن كل
واحد منهما لشيوع البيع والامانة فيهما ولو كان فيه خيار الشرط له ان يردهما
جميعا ولو مات من له الخيار فلوارثه ان يرد احدهما لان الباقي خيار التعيين للاختلاط
وهذا لا يتوقف في حق الوارث فاما خيار الشرط فلا يورث وقد ذكرناه من
قبل ومن اشترى دارا على انه بالخيار فبيعت دار بجنبها واخذها بالشفعة فهو
رضا لان طلب الشفعة يدل على اختيارة الملك فيها لانه ما ثبت الا لدفع ضرر
الجوار وذلك بالاستدامة فيتضمن ذلك سقوط الخيار سابقا عليه فيثبت الملك
من وقت الشرى فتبين ان الجوار كان ثابتا وهذا التقرير يحتاج اليه لمذهب
ح خاصة قال واذا اشترى الرجلان على انهما بالخيار فرضي احدهما فليس للاخر
ان يرده عند ابي ح وقالا له ان يرده وعلى هذا خيار العيب وخيار الرؤية لهما
ان اثبات الخيار لهما اثباته لكل واحد منهما فلا يسقط باسقاط صاحبه لما فيه
من ابطال حقه وله ان المبيع خرج عن ملكه غير معيب بعيب الشركة فلو رده احدهما
رده معيبا به وفيه الزام ضرر زايد وليس من ضرورة اثبات الخيار لهما الرضا
برد احدهما لتصور اجتماعهما على الرد قال ومن باع عبدا على انه خباز او كاتب
وكان بخلافه فالمشتري بالخيار ان شا اخذه بجميع الثمن وان شا ترك لان هذا
وصف مرغوب فيه فيستحق في العقد بالشرط ثم فواته يوجب التخيير لانه ما رضي به
بدونه وهذا يرجع الى اختلاف النوع لقلة التفاوت في الاغراض ولا يفسد
بعدمه العقد بمنزلة الذكورة والانوثة في الحيوان وصار كفوات وصف السلامة
واذا اخذه بجميع الثمن لان الاوصاف لا يقابلها شي من الثمن لكونها تابعة في العقد
على ما عرف باب خيار الرؤية ومن اشترى شيا ولم يره فالبيع جايز وله الخيار
اذا راه ان شا اخذه وان شا رده وقال الشافعي لا يصح العقد اصلا لان المبيع
مجهول ولنا قوله عليه السلام من اشترى شيا لم يره فله الخيار اذا راه ولان
الجهالة بعدم الرؤية لا تفضي الى المنازعة لانه لو لم يوافقه يرده فصار كجهالة
الوصف في المعاين المشار اليه وكذا اذا قال رضيت ثم راه له ان يرده لان الخيار
معلق بالرؤية لما روينا فلا يثبت قبله وحق الفسخ بحكم انه عقد غير لازم لا
بمقتضى الحديث ولان الرضا بالشي قبل العلم باوصافه لا يتحقق فلا يعتبر قوله رضيت
قبل الرؤية بخلاف قوله رددت ومن باع ما لم يره فلا خيار له وكان ابو ح يقول
اولا له الخيار اعتبارا بخيار العيب وخيار الشرط وهذا لان لزوم العقد بتمام
الرضا زوالا وثبوتا ولا يتحقق ذلك الا بالعلم باوصاف المبيع وذلك بالرؤية فلم

يكن البايع راضيا بالزوال ووجه القول المرجوع اليه انه معلق بالرؤية لما روينا ولا يتحقق قبل الرؤية وروي ان عثمان بن عفان باع ارضا بالبصرة من طلحة بن عبيد الله فقيل لطلحة انك قد غبنت فقال لي الخيار لاني اشتريت ما لم اره وقيل لعثمان انك قد غبنت فقال لي الخيار لاني بعت ما لم اره فحكما بينهما جبير بن مطعم فقضى بالخيار لطلحة وكان ذلك بمحضر من الصحابة ثم خيار الرؤية غير موقت بل يبقى الى ان يوجد ما يبطله وما يبطل خيار الشرط من تعيب او تصرف يبطل خيار الرؤية ثم ان كان تصرفا لا يمكن رفعه كالاعتاق والتدبير او تصرفا يوجب حقا للغير كالبيع المطلق والرهن والاجارة يبطله قبل الرؤية وبعدها لانه لزم تعذر الفسخ فيبطل الخيار وان كان تصرفا لا يوجب حقا للغير كالبيع بشرط الخيار والمساومة والهبة من غير تسليم لا يبطله قبل الرؤية لانه لا يربو على صريح الرضا ويبطله بعد الرؤية لوجود دلالة الرضا قال ومن نظر الى وجه الصبرة او الى ظاهر الثوب مطويا او الى وجه الجارية او الى وجه الدابة وكفلها فلا خيار له والاصل في هذا ان رؤية جميع المبيع غير مشروط لتعذره فيكتفي برؤية ما يدل على العلم بالمقصود ولو دخل في البيع اشيا فان كان لا يتفاوت آحاده كالمكيل والموزون وعلامته ان يعرض بالنموذج يكتفي برؤية واحد منها الا اذا كان الباقي اردى مما راى فحينئذ يكون له الخيار وان كان يتفاوت آحاده كالثياب والدواب لا بد من رؤية كل واحد والجوز والبيض من هذا القبيل فيما ذكره الكرخي وكان ينبغي ان يجوز مثل الحنطة والشعير لكونها متقاربة اذا ثبت هذا فنقول النظر الى وجه الصبرة كاف لانه يعرف وصف البقية لانه مكيل يعرض بالنموذج وكذا النظر الى ظاهر الثوب رؤية مما يعلم به البقية الا اذا كان في طيه ما يكون مقصودا كموضع العلم والوجه هو المقصود في الآدمي وهو والكفل في الدواب فيعتبر رؤية المقصود ولا يعتبر رؤية غيره وشرط بعضهم رؤية القوائم والاول هو المروي عن ابي يوسف وفي شاة اللحم لا بد من الجس لان المقصود وهو اللحم يعرف به وفي شاة القنية لا بد من رؤية الضرع وفيما يطعم لا بد من الذوق لان ذلك هو المعرف للمقصود قال وان راى صحن الدار فلا خيار له وان لم يشاهد بيوتها وكذا اذا راى خارج الدار او راى اشجار البستان من خارج وعند زفر لا بد من دخول داخل البيوت والاصح ان جواب الكتاب على وفاق عادتهم في الابنية فان دورهم لم تكن متفاوتة يومئذ فاما اليوم فلا بد من الدخول في داخل الدار للتفاوت والنظر الى الظاهر لا يوقع العلم بالداخل قال ونظر الوكيل كنظر المشتري حتى لا يرده الا من عيب ولا يكون نظر الرسول كنظره وهذا عند ابي حنيفة وقالا هما سواء وله ان يرده

قال العبد الضعيف معناه الوكيل بالقبض فاما الوكيل بالشراء فرؤيته يسقط الخيار بالاجماع ولهما انه توكل بالقبض دون اسقاط الخيار فلا يملك ما لم يتوكل به وصار كخيار العيب والشرط والاسقاط قصدا وله ان القبض نوعان تام وهو ان يقبضه وهو يراه وناقص وهو ان يقبضه مستورا وهذا لان تمامه بتمام الصفقة ولا يتم مع بقاء خيار الرؤية والموكل ملكه بنوعيه فكذا الوكيل لاطلاق التوكيل واذا قبضه مستورا انتهى التوكيل بالناقص منه فلا يملك اسقاطه قصدا بعد ذلك بخلاف خيار العيب لانه لا يمنع تمام الصفقة فيتم القبض مع بقائه وخيار الشرط على الخلاف ولو سلم فالموكل لا يملك التام منه فانه لا يسقط بقبضه لان الاختيار وهو المقصود بالخيار يكون بعده فكذا لا يملكه وكيله وبخلاف الرسول لانه لا يملك شيئا وانما اليه تبليغ الرسالة ولهذا لا يملك القبض اذا كان رسولا في البيع قال وبيع الاعمى وشراؤه جائز وله الخيار اذا اشترى لانه اشترى ما لم يره وقد قررناه من قبل ثم يسقط خياره بجسه المبيع اذا كان يعرف بالجس وبشمه اذا كان يعرف بالشم وبذوقه اذا كان يعرف بالذوق كما في البصير ولا يسقط خياره في العقار حتى يوصف له لان الوصف يقوم مقام الرؤية كما في السلم وعن ابي يوسف اذا وقف في مكان لو كان بصيرا لرآه فقال قد رضيت سقط خياره لان التشبه يقوم مقام الحقيقة في موضع العجز كتحريك الشفتين مقام القراءة في حق الاخرس في الصلوة واجراء الموسى مقام الحلق في حق من لا شعر له في الحج وقال الحسن يوكل وكيلا يقبضه وهو يراه وهذا اشبه بقول ابي حنيفة لان رؤية الوكيل رؤية الموكل على ما مر آنفا قال ومن راى احد الثوبين فاشتراهما ثم راى الآخر جاز ان يردهما لان رؤية احدهما لا يكون رؤية الآخر للتفاوت في الثياب فبقي الخيار فيما لم يره ثم لا يرده وحده بل يردهما كيلا يكون تفريقا للصفقة قبل التمام وهذا لان الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده ولهذا يتمكن من الرد بغير قضاء ولا رضاء ويكون فسخا من الاصل ومن مات وله خيار الرؤية بطل خياره لانه لا يجري فيه الارث عندنا وقد ذكرناه في خيار الشرط ومن راى شيئا ثم اشتراه بعد مدة فان كان على الصفة التي رآه فلا خيار له لان العلم باوصافه حاصل له بالرؤية السابقة وبفواته يثبت الخيار الا اذا كان لا يعلمه مرئيه لعدم الرضا به فان وجده متغيرا فله الخيار لان تلك الرؤية لم تقع معلمة باوصافه فكانه لم يره وان اختلفا في التغير فالقول للبائع لان التغير حادث وسبب اللزوم ظاهر الا اذا بعدت المدة على ما قالوا لان الظاهر شاهد

للمشتري بخلاف ما اذا اختلفا في الرؤية لانها امر حادث والمشتري ينكره فيكون
القول له قال ومن اشترى عبدا فقطع يده لم يره فباع منه ثوبا او وهبه وسلم
لم يرد شيئا منها الا من عيب وكذلك خيار الشرط لانه تعذر الرد فيما خرج عن ملكه
وفي رد ما بقي تفريق الصفقة قبل التمام لان خيار الرؤية والشرط يمنعان تمامها
بخلاف خيار العيب لان الصفقة تتم مع خيار العيب بعد القبض وان كانت لا تتم
قبله وفيه وضع المسألة فلو عاد اليه بسبب هو فسخ فهو على خيار الرؤية كذا ذكره
شمس الائمة السرخسي

باب خيار العيب

واذا اطلع المشتري على عيب في المبيع فهو بالخيار
ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء رده لان مطلق العقد يقتضي وصف السلامة
فعند فواته يتخير كيلا يتضرر بلزوم ما لا يرضى به وليس له ان يمسكه ويأخذ
النقصان لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن في مجرد العقد ولانه لم يرض بزواله
عن ملكه باقل من المسمى فيتضرر به ودفع الضرر عن المشتري ممكن بالرد بدون
تضرره والمراد به عيب كان عند البايع ولم يره المشتري عند البيع ولا عند القبض
لان ذلك رضا به قال وكلما اوجب نقصان الثمن في عادة التجار فهو عيب
لان التضرر بنقصان المالية وذلك بانتقاص القيمة والمرجع في معرفته عرف اهله
والاباق والبول في الفراش والسرقة في الصغير عيب ما لم يبلغ فاذا بلغ فليس ذلك
بعيب حتى يعاوده بعد البلوغ ومعناه اذا ظهرت عند البايع في صغره ثم حدثت
عند المشتري في صغره يرده لانه عين ذلك وان حدثت بعد بلوغه لم يرده لانه
غيره وهذا لان سبب هذه الاشياء يختلف بالصغر والكبر فالبول في الفراش في
الصغر لضعف المثانة وبعد الكبر لداء في الباطن والاباق في الصغر لحب اللعب
والسرقة لقلة المبالاة وهما بعد الكبر لخبث في الباطن والمراد من الصغير من يعقل
فاما الذي لا يعقل فهو ضال لا آبق فلا يتحقق عيبا قال والجنون في الصغر
عيب ابدا ومعناه اذا جن في الصغر في يد البايع ثم عاوده في يد المشتري فيه او في
الكبر يرده لانه عين الاول اذ السبب في الحالين متحد وهو فساد الباطن وليس
معناه انه لا يشترط المعاودة في يد المشتري لان الله قادر على ازالته وان كان
قل ما يزول فلا بد من معاودة الرد قال والبخر والدفر عيب في الجارية لان
المقصود قد يكون الاستفراش وهما يخلان به وليس بعيب في الغلام لان المقصود
الاستخدام ولا يخلان به الا ان يكون من داء لان الداء عيب والزنا وولد الزنا عيب
في الجارية دون الغلام لانه يخل بالمقصود في الجارية وهو الاستفراش وطلب الولد ولا
يخل بالمقصود في الغلام وهو الاستخدام الا ان يكون الزنا عادة له على ما قالوا

لان اتباعهن يخل بالخدمة قال والكفر عيب فيهما لان طبع المسلم ينفر عن صحبته
ولانه يمنع صرفه في بعض الكفارات فيختل الرغبة فلو اشتراه على انه كافر فوجده
مسلما لا يرده لانه زوال العيب قال فلو كانت الجارية بالغة لا تحيض او هي
مستحاضة فهو عيب لان ارتفاع الدم واستمراره علامة الداء ويعتبر في الارتفاع
اقصى غاية البلوغ وهو سبع عشرة سنة عند ابي حنيفة ويعرف ذلك بقول الامة
فترد اذا انضم اليه نكول البايع قبل القبض وبعده هو الصحيح قال واذا
حدث عند المشتري عيب واطلع على عيب كان عند البايع فله ان يرجع بالنقصان
ولا يرد المبيع لان في الرد اضرارا بالبايع لانه خرج عن ملكه سالما ويعود معيبا
فامتنع ولا بد من دفع الضرر عنه فتعين الرجوع بالنقصان الا ان يرضى البايع
ان يأخذه بعيبه لانه رضي بالضرر قال ومن اشترى ثوبا فقطعه فوجد
به عيبا رجع بالعيب لانه امتنع الرد بالقطع وانه عيب حادث فان قال البايع
انا اقبله كذلك كان له ذلك لان الامتناع لحقه وقد رضي به فان باعه
المشتري لم يرجع بشيء لان الرد غير ممتنع برضا البايع فيصير هو بالبيع حابسا
المبيع فلا يرجع بالنقصان فان قطع الثوب وخاطه او صبغه احمر او لت السويق
بسمن ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه لامتناع الرد بسبب الزيادة لانه لا وجه
الى الفسخ في الاصل بدونها لانها لا تنفك عنه ولا وجه اليه معها لان الزيادة
ليست بمبيعة فامتنع اصلا وليس للبايع ان يأخذه لان الامتناع لحق الشرع
لا لحقه فان باعه المشتري بعد ما رأى العيب رجع بالنقصان لان الرد
ممتنع اصلا فلا يكون بالبيع حابسا المبيع وعن هذا قلنا ان من اشترى ثوبا
فقطعه لباسا لولده الصغير وخاطه ثم اطلع على عيب لا يرجع بالنقصان
ولو كان الولد كبيرا يرجع لان التمليك حصل في الاول قبل الخياطة وفي الثاني
بعده بالتسليم اليه قال ومن اشترى عبدا فاعتقه او مات عنده ثم اطلع
على عيب رجع بنقصانه اما الموت فلان الملك ينتهي به والامتناع حكمي
لا بفعله واما الاعتاق فالقياس فيه ان لا يرجع لان الامتناع بفعله فصار
كالقتل وفي الاستحسان يرجع لان العتق انهاء الملك لان الآدمي ما خلق في الاصل
محلا للملك وانما يثبت الملك فيه موقتا الى الاعتاق فكان انهاء فصار كالموت
وهذا لان الشيء يتقرر بانتهائه فيجعل كان الملك باق والرد متعذر والتدبير
والاستيلاد بمنزلته لانه تعذر النقل مع بقاء المحل بالامر الحكمي وان اعتقه على مال
لم يرجع بشيء لانه حبس بدله وحبس البدل كحبس المبدل وعن ابي حنيفة انه يرجع

لانه انهاء الملك وان كان بعوض فان قتل المشتري العبد او كان طعاما فاكله لم يرجع بشيء
عند ابي حنيفة اما القتل فالمذكور ظاهر الرواية وعن ابي يوسف انه يرجع لان قتل
المولى عبده لا يتعلق به حكم دنيوي فصار كالموت حتف انفه فيكون انهاء ووجه الظاهر
ان القتل لا يوجد الا مضمونا وانما يسقط الضمان هنا باعتبار الملك فيصير كالمستفيد
به عوضا بخلاف الاعتاق لانه لا يوجب الضمان لا محالة كاعتاق المعسر عبدا مشتركا
واما الاكل فعلى الخلاف فعندهما يرجع وعنده لا يرجع استحسانا وعلى هذا الخلاف
اذا لبس الثوب حتى تخرق لهما انه صنع في المبيع ما يقصد بشرائه ويعتاد فعله فيه فاشبه
الاعتاق وله انه تعذر الرد بفعل مضمون منه في المبيع فاشبه البيع والقتل
ولا معتبر بكونه مقصودا الا ترى ان البيع مما يقصد بالشراء ثم هو يمنع الرجوع وان
اكل بعض الطعام ثم علم بالعيب فكذا الجواب عند ابي حنيفة لان الطعام كشيء واحد
فصار كبيع البعض وعنهما انه يرجع بنقصان العيب في الكل وعنهما انه يرد ما بقي
لانه لا يضره التبعيض ومن اشترى بيضا او بطيخا او قثاء او خيارا او جوزا فكسره
فوجده فاسدا فان لم ينتفع به رجع بالثمن كله لانه ليس بمال فكان البيع باطلا ولا
يعتبر في الجوز صلاح قشره على ما قيل لان ماليته باعتبار اللب وان كان ينتفع به
مع فساده لم يرده لان الكسر عيب حادث ولكنه يرجع بنقصان العيب دفعا على الكسر
في ملك المشتري لا في ملكه فصار كما اذا كان ثوبا فقطعه ولو وجد البعض فاسدا
وهو قليل جاز البيع استحسانا لانه لا يخلو عن قليل فاسد والقليل ما لا يخلو عنه
الجوز عادة كالواحد والاثنين في المائة فان كان الفاسد كثيرا لا يجوز ويرجع بكل
الثمن لانه جمع بين المال وغيره فصار كالجمع بين الحر والعبد قال ومن باع
عبدا فباعه المشتري ثم رد عليه بعيب فان قبل بقضاء القاضي باقرار او بينة او باباء
يمين له ان يرده على بائعه لانه فسخ من الاصل فجعل البيع كان لم يكن غاية الامر
انه انكر قيام العيب لكنه صار مكذبا شرعا بالقضاء ومعنى القضاء بالاقرار انه انكر الاقرار
فاثبت بالبينة وهذا بخلاف الوكيل بالبيع اذا رد عليه بعيب بالبينة حيث يكون ردا
على الموكل لان البيع هناك واحد والموجود ههنا بيعان فيفسخ الثاني لا ينفسخ الاول
وان قبل بغير قضاء القاضي ليس له ان يرده لانه بيع جديد في حق ثالث وان كان
فسخا في حقهما والاول ثالثهما وفي الجامع الصغير وان رد عليه بغير قضاء بعيب لا يحدث
مثله لم يكن له ان يخاصم الذي باعه وهذا يبين ان الجواب فيما يحدث مثله وفيما
لا يحدث مثله سواء وفي بعض روايات البيوع ان فيما لا يحدث مثله يرجع
للتيقن بقيام العيب عند البائع الاول قال ومن اشترى عبدا فقبضه

ادعى

ثم ادعى عيبا لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البائع او يقيم المشتري بينته لانه انكر وجوب
دفع الثمن حيث انكر تعين حقه بدعوى العيب ودفع الثمن اولا ليتعين حقه بازاء تعين
المبيع ولانه لو قضى بالدفع فلعله يظهر العيب فينتقض القضاء فلا يقضي به صونا
لقضائه فان قال المشتري شهودي بالشام استحلف البائع ودفع الثمن يعني
اذا حلف لان في الانتظار ضررا بالبائع وليس في الدفع كثير ضرر به لانه على حجته اما اذا
نكل لزمه العيب لانه حجة فيه قال ومن اشترى عبدا فادعى اباقا لم يحلف البائع
حتى يقيم المشتري البينة انه ابق عنده والمراد التحليف على انه لم يابق عنده لان
القول وان كان قوله ولكن انكاره انما يعتبر بعد قيام العيب في يد المشتري
ومعرفته بالحجة فاذا اقامها حلف بالله لقد باعه وسلمه اليه وما ابق قط كذا قال
في الكتاب وان شاء حلفه بالله ما له حق الرد عليك من الوجه الذي يدعي او بالله
ما ابق عندك قط اما لا يحلفه بالله لقد باعه وما به هذا العيب لان فيه ترك
النظر للمشتري لان العيب قد يحدث بعد البيع قبل التسليم وهو موجب
للرد والاول ذهول عنه والثاني يوهم تعلقه بالشرطين فيتأوله في اليمين
عند قيامه وقت التسليم دون البيع ولو لم يجد المشتري بينة على قيام العيب عنده
واراد تحليف البائع ما تعلم انه ابق عنده يحلف على قولهما واختلف المشايخ
على قول ابي حنيفة لهما ان الدعوى معتبرة حتى يترتب عليها البينة فكذا يترتب
التحليف وله على ما قاله البعض ان الحلف يترتب على دعوى صحيحة وليس يصح
الا من خصم ولا يصير خصما فيه الا بعد قيام العيب واذا نكل عن اليمين عندهما
يحلف ثانيا للرد على الوجه الذي قدمنا قال العبد الضعيف اذا كانت الدعوى
في اباق الكبير يحلف ما ابق منذ بلغ مبلغ الرجال لان الاباق في الصغر لا يوجب
رده بعد البلوغ قال ومن اشترى جارية وتقابضا فوجد بها عيبا فقال
البائع بعتك هذه واخرى معها وقال المشتري بعتنيها وحدها فالقول قول المشتري
لان الاختلاف في مقدار المقبوض فيكون القول للقابض كما في الغصب وكذا
اذا اتفقا على مقدار المبيع واختلفا في المقبوض لما بينا ومن اشترى عبدين
صفقة واحدة فقبض احدهما ووجد بالاخر عيبا فانه ياخذهما او يدعهما لان
الصفقة تتم بقبضهما فيكون تفريقها قبل التمام وقد ذكرناه وهذا لان
القبض له شبه بالعقد فالتفريق فيه كالتفريق في العقد ولو وجد بالمقبوض
عيبا اختلفوا فيه ويروى عن ابي يوسف انه يرده خاصة والاصح انه ياخذهما او
يردهما لان تمام الصفقة تعلق بقبض المبيع وهو اسم للكل فصار كحبس المبيع لما تعلق

زواله باستيفاء الثمن لا يزول دون قبض جميعه ولو قبضهما ثم وجد باحدهما
عيبا يرده خاصة خلافا لزفر هو يقول فيه تفريق الصفقة ولا يعرى عن ضرر لان
العادة جرت بضم الجيد الى الردي فاشبه ما قبل القبض وخيار الروية والشرط
ولنا انه تفريق بعد التمام لان بالقبض يتم الصفقة في خيار العيب وفي خيار
الروية والشرط لا يتم به على ما مر ولهذا لو استحق احدهما ليس له ان يرد الاخر
ولو اشترى شيئا مما يكال او يوزن فوجد ببعضه عيبا يرده كله او ياخذه ومراده
بعضا بعد القبض لان المكيل اذا كان من جنس واحد فهو كشي واحد الا ترى انه
يسمى باسم واحد وهو الكر ونحوه وقيل هذا اذا كان في وعاء واحد وان كان
في وعائين فهو بمنزلة العبدين حتى يرد الوعاء الذي وجد فيه العيب دون الاخر
ولو استحق بعضه فلا خيار له في رد ما بقي لانه لا يضره التبعيض والاستحقاق
لا يمنع تمام الصفقة لان تمامها برضا العاقد لا برضا المالك وهذا اذا كان
بعد القبض اما لو كان ذلك قبل القبض له ان يرد الباقي لتفرق الصفقة قبل
التمام وان كان ثوبا فله الخيار لان التبعيض فيه عيب وقد كان وقت البيع
حيث ظهر الاستحقاق بخلاف المكيل والموزون ومن اشترى جارية فوجد بها
قرحا فداواها او كانت دابة فركبها في حاجته فهو رضا لان ذلك دليل قصده
الاستبقاء بخلاف خيار الشرط لان الخيار هنالك للاختبار وانه بالاستعمال
فلا يكون الركوب مسقطا وان ركبها ليردها على بايعها او ليسقيها او ليشتري
لها علفا فليس برضا اما الركوب للرد فلانه سبب الرد والجواب في السقي وشرا
العلف محمول على ما اذا كان لا يجد بدا اما لصعوبتها او لعجزه او لكون العلف
في عدل واحد اما اذا كان يجد بدا منه لانعدام ما ذكرنا يكون رضا قال
ومن اشترى عبدا قد سرق ولم يعلم به فقطع عند المشتري له ان يرده وياخذ
الثمن عند ابي حنيفة وقالا يرجع بما بين قيمته سارقا الى غير سارق وعلى هذا
الخلاف اذا قتل بسبب وجد في يد البايع والحاصل انه بمنزلة الاستحقاق عنده
وبمنزلة العيب عندهما لهما ان الموجود في يد البايع سبب القطع والقتل وانه
لا ينافي المالية فنفذ العقد فيه لكنه متعيب فيرجع بنقصانه عند تعذر
رده وصار كما اذا اشترى حاملا فماتت في يده بالولادة فانه يرجع بفضل
ما بين قيمتها حاملا الى غير حامل وله ان سبب الوجوب في يد البايع والوجوب
يفضي الى الوجود فيكون الوجود مضافا الى السبب السابق وصار كما اذا قتل
المغصوب او قطع بعد الرد بجناية وجدت في يد الغاصب وما ذكر من المسئلة
ممنوعة ولو سرق في يد البايع ثم في يد المشتري فقطع بهما عندهما يرجع بالنقصان

كان ذا حاملا

وعنده لا يرده بدون رضا البايع للعيب الحادث ويرجع بربع الثمن وان قبله
فبثلاثة الارباع لان اليد من الادمي نصفه وقد تلفت بالجنايتين وفي احديهما
الرجوع فيتنصف ولو تداولته الايدي ثم قطع في يد الاخير رجع الباعة بعضهم
على بعض عنده كما في الاستحقاق وعندهما يرجع الاخير على بايعه ولا يرجع بايعه
على بايعه لانه بمنزلة العيب رضا به ولا يفيد وقوله في الكتاب ولم يعلم
المشتري يفيد على مذهبهما لان العلم بالعيب رضا به ولا يفيد على قوله
في الصحيح لان العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع قال ومن باع عبدا
وشرط البراة من كل عيب فليس له ان يرده بعيب وان لم يسم العيوب
بعددها وقال الشافعي لا يصح البراة بناء على مذهبه لان الابراء عن الحقوق
المجهولة لا يصح هو يقول ان في الابراء معنى التمليك حتى يرتد بالرد وتمليك
المجهول لا يصح ولنا ان الجهالة في الاسقاط لا يفضي الى المنازعة وان كان
في ضمن التمليك لعدم الحاجة الى التسليم فلا يكون مفسدة ويدخل في
هذه البراة العيب الموجود والحادث قبل القبض في قول ابي يوسف
وقال محمد لا يدخل فيه الحادث وهو قول زفر لان البراة يتناول الثابت
ولابي يوسف ان الغرض الزام العقد باسقاط حقه عن صفة السلامة
وذلك بالبراة عن الموجود والحادث

باب البيع الفاسد

واذا كان احد العوضين او كلاهما محرما فالبيع فاسد كالبيع بالميتة والدم والخنزير
والخمر وكذا اذا كان غير مملوك كالحر قال رضي الله عنه هذه فصول جمعها
وفيها تفصيل نبينها ان شاء الله فنقول البيع بالميتة والدم باطل وكذا
بالحر لانعدام ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال فان هذه الاشيا لا تعد
مالا عند احد والبيع بالخمر والخنزير فاسد لوجود حقيقة البيع وهو مبادلة
المال بالمال فانه مال عند البعض والباطل لا يفيد ملك التصرف ولو
هلك المبيع في يد المشتري يكون امانة عند بعض المشايخ لان العقد غير معتبر
فبقي القبض باذن المالك وعند البعض يكون مضمونا لانه لا يكون ادنى حالا
من المقبوض على سوم الشرا وقيل الاول قول ابي حنيفة والثاني قولهما كما في
بيع ام الولد والمدبر على ما نبينه ان شاء الله والفاسد يفيد الملك عند اتصال
القبض به فيكون المبيع مضمونا في يد المشتري فيه وفيه خلاف الشافعي رحمه الله
وسنبينه ان شاء الله وكذا بيع الميتة والدم والحر باطل لانها ليست اموالا
فلا يكون محلا للبيع واما بيع الخمر والخنزير اذا كان بالدين كالدراهم والدنانير

فالبيع باطل وان كان قوبل بعين فالبيع فاسد حتى يملك عين الخمر والخنزير ووجه
الفرق ان الخمر مال وكذا الخنزير مال عند اهل الذمة الا انه غير متقوم لما ان الشرع
امر باهانته وترك اعزازه وفي تملكه بالعقد مقصودا اعزاز له وهذا لانه
متى اشتراها بالدراهم فالدراهم غير مقصودة لكونها وسيلة لما انها تجب
في الذمة وانما المقصود الخمر فسقط التقوم اصلا بخلاف ما اذا اشترى الثوب
بالخمر لان مشتري الثوب انما يقصد تملك الثوب بالخمر وفيه اعزاز للثوب دون
الخمر فبقي ذكر الخمر معتبرا في تملك الثوب لا في حق نفس الخمر حتى فسدت التسمية
ووجبت قيمة الثوب دون الخمر وكذا اذا باع الخمر بالثوب لانه يعتبر شراء الثوب
بالخمر لكونه مقايضة قال وبيع ام الولد والمدبر والمكاتب فاسد ومعناه
باطل لان استحقاق العتق قد ثبت لام الولد بقوله عليه السلام اعتقها
ولدها وسبب الحرية في حق المدبر في الحال لبطلان الاهلية بعد الموت والمكاتب
استحق يدا على نفسه لازمة في حق المولى ولو ثبت الملك بالبيع لبطل ذلك
كله وانه لا يجوز ولو رضي المكاتب بالبيع ففيه روايتان والاظهر الجواز والمراد
المدبر المطلق دون المقيد وفي المطلق خلاف الشافعي وقد ذكرناه في العتاق وان
مات ام الولد والمدبر في يد المشتري فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة وقالا عليه
قيمتهما وهو رواية عنه لهما انه مقبوض بجهة البيع فيكون مضمونا عليه كسائر
الاموال وهذا لان المدبر وام الولد يدخلان تحت البيع حتى يملك ما يضم
اليهما في البيع بخلاف المكاتب لانه في يد نفسه فلا يتحقق في حقه القبض وهذا
الضمان به وله ان جهة البيع انما يلحق بحقيقته في محل يقبل الحقيقة وهما لا يقبلان
حقيقة البيع فصارا كالمكاتب وليس دخولهما في البيع في حق انفسهما وانما
ذلك ليثبت حكم البيع فيما ضم اليهما فصار كمال المشتري لا يدخل في حكم عقده
بانفراده وانما يثبت حكم الدخول فيما ضمه اليه قال ولا يجوز بيع السمك
قبل ان يصطاد لانه باع ما لا يملكه ولا في حظيرة اذا كان لا يؤخذ الا بصيد
لانه غير مقدور التسليم ومعناه اذا اخذه ثم القاه فيها ولو كان يؤخذ من غير
حيلة جاز الا اذا اجتمعت فيها بانفسها ولم يسد عليها المدخل لعدم الملك
قال ولا بيع الطير في الهواء لانه غير مملوك قبل الاخذ ولو ارسله من يده لانه
غير مقدور التسليم ولا بيع الحمل ولا النتاج لنهي النبي عليه السلام عن بيع الحبل
وحبل الحبلة ولان فيه غررا قال ولا اللبن في الضرع للغرر فعساه
انتفاخ ولانه يتنازع في كيفية الحلب وربما يزداد فيختلط المبيع بغيره قال

ولا الصوف على ظهر الغنم لانه من اوصاف الحيوان ولانه ينبت من
اسفل فيختلط المبيع بغيره بخلاف القوائم لانها تزيد من اعلا وبخلاف القصيل لانه
يمكن قلعه والقطع في الصوف متعين فيقع التنازع في موضع القطع وقد صح ان
النبي عليه السلام نهى عن بيع الصوف على ظهر الغنم وعن اللبن في الضرع والسمن في اللبن
وهو حجة على ابي يوسف في هذا الصوف حيث جوز بيعه فيما يروى عنه قال
ولا جذع في سقف وذراع من ثوب ذكرا القطع او لم يذكراه لانه لا يمكن تسليمه
الا بضرر بخلاف ما اذا باع عشرة دراهم من نقرة فضة لانه لا ضرر في تبعيضه ولو
لم يكن معينا لا يجوز لما ذكرنا وللجهالة ايضا ولو قطع البايع الذراع او قلع الجذع
قبل ان يفسخ المشتري يعود صحيحا لزوال المفسد بخلاف ما اذا باع النوى في التمر او
البزر في البطيخ حيث لا يكون صحيحا وان شقهما واخرج المبيع لان في وجودهما احتمالا
اما الجذع فعين موجود قال وضربة القانص وهو ما يخرج من الصيد بضرب الشبكة
مرة لانه مجهول ولان فيه غررا قال وبيع المزابنة وهو بيع التمر على النخل بتمر
مجذوذ مثل كيله خرصا لانه عليه السلام نهى عن المزابنة والمحاقلة فالمزابنة ما ذكرنا
والمحاقلة بيع الحنطة في سنبلها بحنطة مثل كيلها خرصا ولانه باع مكيلا بمكيل من
جنسه فلا يجوز بطريق الخرص كما اذا كانا موضوعين على الارض وكذا العنب بالزبيب
على هذا وقال الشافعي يجوز فيما دون خمسة اوسق لانه عليه السلام نهى عن المزابنة
ورخص في العرايا وهو ان يباع بخرصها تمرا فيما دون خمسة اوسق قلنا العرية هي العطية
لغة وتأويله ان يبيع المعرى له ما على النخيل من المعري بتمر مجذوذ وهو بيع مجازا لانه
لم يملكه فيكون برا مبتدا قال ولا يجوز البيع بالقاء الحجر والمنابذة والملامسة
وهذه بيوع كانت في الجاهلية وهو ان يتراوض الرجلان على سلعة اي يتساومان
فاذا لمسها المشتري او نبذها اليه البايع او وضع المشتري عليها حصاة يلزم البيع
فالاول بيع الملامسة والثاني المنابذة والثالث القاء الحجر وقد نهى النبي عم عن بيع
الملامسة والمنابذة والقاء الحجر ولان فيه تعليقا بالخطر قال ولا يجوز بيع ثوب
من ثوبين لجهالة المبيع ولو قال على انه بالخيار في ان يأخذ ايهما شاء جاز البيع استحسانا
وقد ذكرناه بفروعه ولا يجوز بيع المراعي ولا اجارتها والمراد الكلا اما البيع فلانه ورد
على ما لا يملكه لاشتراك الناس فيه بالحديث واما الاجارة فلانها عقدت على استهلاك
عين مباح ولو عقدت على استهلاك عين مملوك بان استأجر بقرة ليشرب لبنها لا يجوز فهذا
اولى ولا يجوز بيع النحل عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يجوز اذا كان محرزا وهو قول
الشافعي لانه حيوان منتفع به حقيقة وشرعا فيجوز بيعه وان كان لا يؤكل كالبغل والحمار

ولهما انه من الهوام فلا يجوز بيعه كالزنابير والانتفاع بما يخرج منه لا بعينه فلا يكون منتفعا
به قبل الخروج حتى لو باع كوارة فيها عسل بما فيها من النحل يجوز تبعا له كذا ذكره الكرخي
ولا يجوز بيع دود القز عند ابي حنيفة لانه من الهوام وعند ابي يوسف يجوز اذا ظهر فيه القز
تبعا له وعند محمد يجوز كيف ما كان لكونه منتفعا به ولا يجوز بيع بيضه عند ابي حنيفة وعندهما
يجوز لمكان الضرورة وقيل ابو يوسف مع ابي حنيفة كما في دود القز والحمام اذا علم عددها
وامكن تسليمها جاز بيعها لانه مال متقوم مقدور التسليم ولا يجوز بيع الآبق لنهي النبي
عليه السلام ولانه لا يقدر على تسليمه الا ان يبيعه من رجل زعم انه عنده لان المنهي بيع
الآبق مطلق وهو ان يكون آبقا في حق المتعاقدين وهذا غير آبق في حق المشتري ولانه اذا
كان عند المشتري انتفى العجز عن التسليم وهو المانع ثم لا يصير قابضا لمجرد العقد اذا
كان في يده وكان اشهد لانه امانة عنده وقبض الامانة لا ينوب عن قبض المبيع ولو كان
لم يشهد يجب ان يكون قابضا ولو قال هو عند فلان فبعه مني فباعه لا يجوز لانه آبق في حق
المتعاقدين ولانه لا يقدر على تسليمه ولو باع الآبق ثم عاد من الاباق لا يتم ذلك العقد
لانه وقع باطلا لانعدام المحلية كبيع الطير في الهواء وعن ابي حنيفة انه يتم العقد اذا لم
يفسخ لان العقد انعقد لقيام المالية والمانع قد ارتفع وهو العجز عن التسليم كما اذا
ابق بعد البيع وهكذا يروى عن محمد قال ولا بيع لبن امراة في قدح وقال الشافعي
يجوز بيعه لانه مشروب طاهر قلنا انه جزء الآدمي وهو بجميع اجزائه مكرم مصون عن
الابتذال بالبيع ولا فرق في ظاهر الرواية بين لبن الحرة ولبن الامة وعن ابي يوسف انه يجوز
بيع لبن الامة لانه يجوز ايراد العقد على نفسها فكذا على جزئها قلنا الرق حل نفسها فاما
اللبن فلا رق فيه لانه يختص بمحل القوة التي ضده وهو الحي ولا حيوة في اللبن ولا بيع
شعر الخنزير لانه نجس العين فلا يجوز بيعه اهانة له ويجوز الانتفاع به للخرز للضرورة
فان ذلك العمل لا يتأتى بدونه ويوجد مباح الاصل فلا ضرورة الى البيع ولو وقع في الماء
القليل افسده عند ابي يوسف وعند محمد لا يفسده لان اطلاق الانتفاع به دليل
طهارته ولابي يوسف ان الاطلاق للضرورة فلا يظهر الا في حالة الاستعمال وحالة الوقوع
تغايرها ولا يجوز بيع شعور الانسان ولا الانتفاع بها لان الآدمي مكرم غير مبتذل فلا
يجوز ان يكون شيء من اجزائه مهانا مبتذلا وقد قال النبي عليه السلام لعن الله الواصلة
والمستوصلة وانما يرخص فيما يتخذ من الوبر فيزيد في قرون النساء وذوائبهن ولا بيع
جلود الميتة قبل ان تدبغ لانه غير منتفع به قال النبي عليه السلام لا تنتفعوا من الميتة
باهاب وهو اسم لغير مدبوغ على ما مر في كتاب الصلوة ولا باس ببيعها والانتفاع بها
بعد الدباغ لانها طهرت بالدباغ وقد ذكرناه في كتاب الصلوة ولا باس ببيع عظام الميتة

وعصبها

وعصبها وصوفها وشعرها ووبرها وقرنها والانتفاع بذلك كله لانها طاهرة لا يحلها
الموت لعدم الحيوة وقد قررناه من قبل والفيل كالخنزير نجس العين عند محمد وعندهما
بمنزلة السباع حتى يباع عظمه وينتفع به قال واذا كان السفل لرجل وعلوه لآخر
فسقطا او سقط العلو وحده فباع صاحب العلو علوه لم يجز لان حق التعلي ليس بمال
لان المال ما يمكن احرازه والمال هو المحل للبيع بخلاف الشرب حيث يجوز بيعه تبعا
للارض باتفاق الروايات ومفردا في رواية وهو اختيار مشايخ بلخ لانه حظ من الماء
ولهذا يضمن بالاتلاف وله قسط من الثمن على ما ذكره في كتاب الشرب قال
وبيع الطريق وهبته جائز وبيع مسيل الماء وهبته باطل والمسئلة تحتمل وجهين
بيع رقبة الطريق والمسيل وبيع حق المرور والتسييل فان كان الاول فوجه الفرق
بين المسئلتين ان الطريق معلوم لان له طولا وعرضا معلوما اما المسيل فمجهول
لانه لا يدرى قدر ما يشغله من الماء وان كان الثاني ففي بيع حق المرور روايتان
ووجه الفرق على احديهما بينه وبين حق التسييل ان حق المرور معلوم لتعلقه
بمحل معلوم وهو الطريق اما المسيل على السطح فهو نظير حق التعلي وعلى الارض مجهول
لجهالة محله ووجه الفرق بين حق المرور وحق التعلي على احدى الروايتين ان حق التعلي
يتعلق بعين لا تبقى وهو البناء فاشبه المنافع اما حق المرور فيتعلق بعين تبقى وهو
الارض فاشبه الاعيان قال ومن باع جارية فاذا هو غلام فلا بيع بينهما
بخلاف ما اذا باع كبشا فاذا هو نعجة حيث ينعقد البيع ويتخير والفرق يبتني على
الاصل الذي ذكرناه في النكاح لمحمد وهو ان الاشارة مع التسمية اذا اجتمعا ففي
مختلفي الجنس يتعلق العقد بالمسمى ويبطل لانعدامه وفي متحدي الجنس يتعلق بالمشار
اليه وينعقد لوجوده ويتخير لفوات الوصف كمن اشترى عبدا على انه خباز فاذا
هو كاتب وفي مسئلتنا الذكر والانثى من بني آدم جنسان للتفاوت في الاغراض وفي
الحيوانات جنس واحد للتقارب فيها وهو المعتبر في هذا دون الاصل كالدبس
والخل جنسان والوذاري والزندنيجي قالوا جنسان مع اتحاد اصلهما ومن اشترى
جارية بالف درهم حالة او نسيئة فقبضها ثم باعها من البائع بخمسمائة قبل ان ينقد
الثمن الاول لا يجوز البيع الثاني وقال الشافعي يجوز لان الملك قد تم فيها
بالقبض فصار البيع من البائع ومن غيره سواء وصار كما لو كان بمثل الثمن الاول
او بالزيادة او بالعرض ولنا قول عائشة رضي الله عنها لتلك المراة وقد باعت بستمائة
بعدما اشترت بثمانمائة بئسما شريت واشتريت ابلغي زيد بن ارقم ان الله قد
ابطل حجه وجهاده مع رسول الله ان لم يتب ولان الثمن لم يدخل في ضمانه فاذا

وصل اليه المبيع ووقعت المقاصة بقي له فضل خمسماية وذلك بلا عوض بخلاف ما اذا باع بعرض
لان الفضل انما يظهر عند المجانسة قال ومن اشترى جارية بخمسماية ثم باعها
باخرى معها من البايع قبل ان ينقد الثمن بخمسماية فالبيع جايز في التي لم يشترها من
البايع ويبطل في الاخرى لانه لا بد ان يجعل بعض الثمن بمقابلة التي لم يشترها منه
فيكون مشتريا للاخرى باقل مما باع وهو فاسد عندنا ولم يوجد هذا المعنى
في صاحبتها ولا يشيع الفساد لانه ضعيف فيها لكونه مجتهدا فيه او لانه باعتبار
شبهة الربا او لانه طارى لانه يظهر بانقسام الثمن والمقاصة فلا يسري الى غيرها قال
ومن اشترى زيتا على ان يزنه بظرفه فيطرح عنه مكان كل ظرف خمسين رطلا فهو
فاسد وان اشترى على ان يطرح عنه بوزن الظرف جاز لان الشرط الاول لا
يقتضيه العقد والثاني يقتضيه ومن اشترى سمنا في زق فرد الظرف وهو
عشرة ارطال فقال البايع الزق غير هذا وهو خمسة ارطال فالقول قول المشتري
لانه ان اعتبر اختلافا في تعيين الزق المقبوض فالقول قول القابض ضمينا كان او امينا
وان اعتبر اختلافا في الثمن فهو في الطعم اختلاف في الثمن فيكون القول للمشتري
لانه ينكر الزيادة قال واذا امر المسلم نصرانيا ببيع خمر او شرائها ففعل جاز عند
ابي حنيفة وقالا لا يجوز على المسلم وعلى هذا الخلاف الخنزير وعلى هذا توكيل المحرم
غيره ببيع صيده لهما ان الموكل لا يليه فلا يوليه غيره ولان ما يثبت للوكيل ينتقل الى
الموكل فصار كانه باشره بنفسه فلا يجوز ولابي حنيفة ان العاقد هو الوكيل باهليته وولايته
وانتقال الملك الى الامر حكمي فلا يمتنع بسبب الاسلام كما اذا ورثهما ثم ان كان خمرا
يخللها وان كان خنزيرا يسيبه ومن باع عبدا على ان يعتقه المشتري او يدبره او
يكاتبه او امة على ان يستولدها فالبيع فاسد لان هذا بيع وشرط وقد نهى النبي
عليه السلام عن بيع وشرط ثم جملة المذهب انه يقال كل شرط يقتضيه العقد
كشرط الملك للمشتري لا يفسد العقد لثبوته بدون الشرط وكل شرط لا يقتضيه
العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين او للمعقود عليه وهو من اهل الاستحقاق
يفسد كشرط ان لا يبيع المشتري العبد المبيع لان فيه زيادة عارية عن العوض
فيؤدي الى الربا او لانه يقع بسببه المنازعة فيعرى العقد عن مقصوده ولو كان
الشرط لا يقتضيه العقد ولا منفعة فيه لاحد لا يفسده وهو الظاهر من المذهب
كشرط ان لا يبيع المشتري الدابة المبيعة لانه انعدمت المطالبة فلا يؤدي الى الربا
ولا الى المنازعة اذا ثبت هذا فنقول هذه الشروط لا يقتضيها العقد لان قضيته
الاطلاق في التصرف والتخيير لا الالزام حتما والشرط يقتضي ذلك وفيه منفعة

للمعقود

للمعقود عليه والشافعي وان كان خالفنا في العتق ويقيسه على بيع العبد نسمة فالحجة
عليه ما ذكرناه وتفسير البيع نسمة ان يباع ممن يعلم انه يعتقه لا ان يشترط فيه فلو
اعتقه المشتري بعدما اشتراه بشرط العتق في البيع صح البيع حتى يجب عليه الثمن
عند ابي حنيفة وقالا يبقى فاسدا حتى يجب عليه القيمة لان البيع قد وقع فاسدا
فلا ينقلب جايزا كما اذا تلف بوجه اخر ولابي حنيفة ان شرط العتق من حيث ذاته لا
يلايم العقد على ما ذكرنا ولكن من حيث حكمه يلايم لانه منه للملك والشيء بانتهايه
يتقرر ولهذا لا يمنع العتق الرجوع بنقصان العيب واذا تلف بوجه اخر لم يتحقق
الملايمة فيتقرر الفساد واذا وجد العتق تحققت الملايمة فيترجح جانب الجواز
فكان الحاصل قبل ذلك موقوفا وكذلك اذا باع عبدا على ان يستخدمه البايع
شهرا او دارا على ان يسكنها او على ان يقرضه المشتري درهما او على ان يهدي له هدية
لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين ولانه صلى الله عليه وسلم
نهى عن بيع وسلف ولانه لو كان الخدمة والسكنى يقابلهما شيء من الثمن يكون
اجارة في بيع وقد نهى النبي عليه السلام عن صفقتين في صفقة قال ومن باع
عينا على ان لا يسلمها الى راس الشهر فالبيع فاسد لان الاجل في المبيع العين باطل
فيكون شرطا فاسدا لان الاجل شرع ترفيها فيليق بالديون دون الاعيان قال
ومن اشترى جارية الا حملها فسد البيع والاصل ان ما لا يصح افراده بالعقد
لا يصح استثناؤه من العقد والحمل من هذا القبيل وهذا لانه بمنزلة اطراف
الحيوان لاتصاله به خلقة وبيع الاصل يتناولها فالاستثناء يكون على خلاف
الموجب فلم يصح فيكون شرطا فاسدا والبيع يبطل به والكتابة والاجارة والرهن
بمنزلة البيع لانها تبطل بالشروط الفاسدة غير ان المفسد في الكتابة ما يتمكن
في صلب العقد منها والهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد
لا يبطل باستثناء الحمل بل يبطل الاستثناء لان هذه العقود لا تبطل بالشروط الفاسدة
وكذا الوصية لا تبطل به لكن يصح الاستثناء حتى يكون الحمل ميراثا والجارية
وصية لان الوصية اخت الميراث والميراث يجري فيما في البطن بخلاف ما اذا استثنى
خدمتها لان الميراث لا يجري فيها ومن اشترى ثوبا على ان يقطعه البايع ويخيطه
قميصا او قباء فالبيع فاسد لانه شرط لا يقتضيه وفيه منفعة لاحد المتعاقدين
ولانه يصير صفقة في صفقة على ما مر قال ومن اشترى نعلا على ان يحذوه البايع
او يشركه فالبيع فاسد قال رحمه الله ما ذكره جواب القياس ووجه ما بينا
وفي الاستحسان يجوز للتعامل فيه فصار كصبغ الثوب وللتعامل جوزنا الا

ستصباغ

والبيع الى النيروز والمهرجان وصوم النصارى وفطر اليهود اذا لم يعرف المتبايعان
ذلك فاسد لجهالة الاجل وهي مفضية الى المنازعة في البيع لابتنائه على المماكسة
الا اذا كان التاجيل الى فطر النصارى بعدما شرعوا في صومهم لان مدة صومهم
معلومة فلا جهالة قال ولا يجوز البيع الى قدوم الحاج وكذلك الى الحصاد والدياس
والقطاف والجزاز لانها تتقدم وتتاخر ولو كفل الى هذه الاوقات جاز لان الجهالة
اليسيرة متحملة في الكفالة وهذه الجهالة يسيرة مستدركة لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم
فيها ولانه معلوم الاصل الا ترى انها تحتمل الجهالة في اصل الدين بان يكفل بما ذاب
على فلان ففي الوصف اولى بخلاف البيع فانه لا يحتملها في اصل الثمن فكذا في وصفه
بخلاف ما اذا باع مطلقا ثم اجل الثمن الى هذه الاوقات حيث جاز لان هذا تاجيل
الدين وهذه الجهالة فيه متحملة بمنزلة الكفالة ولا كذلك اشتراطه في اصل العقد
لانه يبطل بالشروط الفاسدة ولو باع الى هذه الاجال ثم تراضيا باسقاط الاجل
قبل ان ياخذ الناس في الحصاد والدياس وقبل قدوم الحاج جاز البيع ايضا وقال زفر لا
يجوز لانه وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا وصار كاسقاط الاجل في النكاح الى اجل ولنا
ان الفساد للمنازعة وقد ارتفع قبل تقرره وهذه الجهالة في شرط زايد لا في صلب
العقد فيمكن اسقاطه بخلاف ما اذا باع الدرهم بالدرهمين ثم اسقط الدرهم الزايد
لان الفساد في صلب العقد وبخلاف النكاح الى اجل لانه متعة وهو عقد غير عقد
النكاح وقوله في الكتاب ثم تراضيا خرج وفاقا لان من له الاجل يستبد
باسقاطه لانه خالص حقه قال ومن جمع بين حر وعبد او شاة ذكية وميتة
بطل البيع فيهما وهذا عند ابي حنيفة وقالا ان سمى لكل واحد منهما ثمنا جاز في العبد وان
جمع بين عبد ومدبر او بين عبده وعبد غيره صح البيع في العبد بحصته من الثمن
عند علمائنا الثلاثة وقال زفر فسد فيهما ومتروك التسمية عامدا كالميتة والمكاتب
وام الولد كالمدبر له الاعتبار بالفصل الاول اذ محلية البيع منتفية بالاضافة الى
الكل ولهما ان الفساد بقدر المفسد ولا يتعدى الى القن كمن جمع بين الاجنبية
واخته في النكاح بخلاف ما اذا لم يسم ثمن كل واحد لانه مجهول ولابي حنيفة وهو
الفرق بين الفصلين ان الحر لا يدخل تحت العقد اصلا لانه ليس بمال والبيع
صفقة واحدة وكان القبول في الحر شرطا للبيع في العبد وهو شرط فاسد بخلاف
النكاح لانه لا يبطل بالشروط الفاسدة اما البيع في هؤلاء موقوف وقد دخل
تحت العقد لقيام المالية ولهذا ينفذ في عبد الغير باجازته وفي المكاتب برضاه
في الاصح وفي المدبر بقضاء القاضي وكذا في ام الولد عند ابي حنيفة وابو يوسف

الا ان

الا ان المالك لا يستحقان المبيع وهؤلاء استحقوا انفسهم فردوا البيع فكان هذا
اشارة الى البقاء كما اذا اشترى عبدين وهلك احدهما قبل القبض وهذا لا يكون
شرطا الا في غير المبيع ولا بيعا بالحصة ابتداء ولهذا لا يشترط بيان ثمن كل واحد فيه
واذا قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد بامر البايع وفي العقد عوضان كل واحد
منهما مال ملك المبيع ولزمته قيمته وقال الشافعي لا يملكه وان قبضه لانه
محظور فلا ينال به نعمة الملك ولان النهي نسخ المشروعية للتضاد بينهما ولهذا لا
يفيده قبل القبض وصار كما اذا باع بالميتة او باع الخمر بالدرهم ولنا ان ركن
البيع صدر من اهله مضافا الى محله عن ولاية فوجب القول بانعقاده ولا خفا
في الاهلية والمحلية وركنه مبادلة المال بالمال وفيه الكلام والنهي يقرر المشروعية
عندنا لاقتضائه التصور فنفس البيع مشروع وبه ينال نعمة الملك وانما المحظور
ما يجاوره كما في البيع وقت النداء وانما لا يثبت الملك قبل القبض كيلا يودي الى
تقرير الفساد المجاور اذ هو واجب الرفع بالاسترداد فبالامتناع عن المطالبة اولى
ولان السبب قد ضعف لمكان اقترانه بالقبيح فيشترط اعتضاده بالقبض في افادة
الحكم بمنزلة الهبة والميتة ليست بمال فانعدم الركن ولو كان الخمر مثمنا فقد خرجناه
وشرط ان في الخمر الواجب هو القيمة وهي تصلح ثمنا لا مثمنا ثم شرط ان يكون
القبض باذن البايع وهو الظاهر الا انه يكتفى به دلالة كما اذا قبضه في مجلس
العقد استحسانا هو الصحيح لان البيع تسليط منه على القبض فاذا قبضه بحضرته
قبل الافتراق كان بحكم التسليط السابق وكذا القبض في الهبة في مجلس العقد
يصح استحسانا وشرط ان يكون في العقد عوضان كل واحد منهما مال ليتحقق
ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال فيخرج عليه البيع بالميتة والدم والحر والريح
والبيع مع نفي الثمن وقوله لزمته قيمته في ذوات القيم فاما في ذوات
الامثال فيلزمه المثل لانه مضمون بنفسه بالقبض فشابه الغصب وهذا لان
المثل صورة ومعنى اعدل من المثل معنى قال ولكل واحد من المتعاقدين
فسخه دفعا للفساد وهذا قبل القبض ظاهر لانه لم يفد حكمه فيكون الفسخ امتناعا
منه وكذا بعد القبض اذا كان الفساد في صلب العقد لقوته وان كان الفساد
لشرط زايد فلمن له الشرط ذلك دون من عليه لقوة العقد الا انه لم يتحقق المراضاة
في حق من له الشرط قال فان باعه المشتري نفذ بيعه لانه ملكه فملك التصرف
فيه وسقط حق الاسترداد لتعلق حق العبد بالثاني ونقض الاول لحق الشرع
وحق العبد مقدم لحاجته ولان الاول مشروع باصله دون وصفه والثاني

مشروع باصله ووصفه فلا يعارضه مجرد الوصف ولانه حصل بتسليط من جهة
البايع بخلاف تصرف المشتري المشفوعة لان كل واحد منهما حق العبد ويستويان في
المشروعية وما حصل بتسليط من الشفيع قال ومن اشترى عبدا بخمر او خنزير
فقبضه واعتقه او باعه او وهبه وسلمه فهو جايز وعليه القيمة لما ذكرنا انه ملكه بالقبض
فينفذ تصرفاته وبالاعتاق قد هلك فيلزمه القيمة وبالبيع والهبة انقطع الاسترداد
على ما مر والكتابة والرهن نظير البيع لانهما لازمان الا انه يعود حق الاسترداد بعجز
المكاتب وفك الرهن لزوال المانع وهذا بخلاف الاجارة لانها تفسخ بالاعذار ودفع
الفساد عذر ولانها تنعقد شيئا فشيئا فيكون الرد امتناعا وليس للبايع في البيع الفاسد
ان ياخذ المبيع حتى يرد الثمن لان المبيع مقابل به فيصير محبوسا به كالرهن وان
مات البايع فالمشتري احق به حتى يستوفي الثمن لانه يقدم عليه في حيوته فكذا على ورثته
وغرمايه بعد وفاته كالراهن ثم ان كان دراهم الثمن قايمة ياخذها بعينها لانها تتعين
في البيع الفاسد وهو الاصح لانه بمنزلة الغصب وان كانت مستهلكة اخذ مثلها
لما بينا قال ومن باع دارا بيعا فاسدا فبناها المشتري فعليه قيمتها عند ابي حنيفة
رواه يعقوب عنه في الجامع الصغير ثم شك بعد ذلك في الرواية وقال ابو يوسف
ومحمد ينقض البنا وترد الدار والغرس على هذا الخلاف لهما ان حق الشفيع اضعف
من حق البايع حتى يحتاج فيه الى القضا ويبطل بالتاخير بخلاف حق البايع ثم اضعف
الحقين لا يبطل بالبنا فاقواهما اولى وله ان البنا والغرس مما يقصد به الدوام
وقد حصل بتسليط من جهة البايع فينقطع حق الاسترداد كالبيع بخلاف حق الشفيع
لانه لم يوجد منه التسليط ولهذا لا يبطل بهبة المشتري وبيعه فكذا ببنايه
وشك يعقوب في حفظه الرواية عن ابي حنيفة وقد نص محمد على الاختلاف في كتاب الشفعة
فان حق الشفعة مبني على انقطاع حق البايع بالبنا وثبوته على الاختلاف ومن اشترى
جارية شرا فاسدا وتقابضا فباعها وربح فيها تصدق بالربح ويطيب للبايع ما
ربح في الثمن والفرق ان الجارية مما يتعين فيتعلق العقد بها فيتمكن الخبث في الربح
والدراهم والدنانير لا يتعينان في العقود فلم يتعلق العقد الثاني بعينها
فلم يتمكن الخبث فلا يجب التصدق وهذا في الخبث الذي سببه فساد الملك
اما الخبث لعدم الملك عند ابي حنيفة ومحمد يشمل النوعين لتعلق العقد فيما يتعين
حقيقة وفيما لا يتعين شبهة من حيث انه يتعلق به سلامة المبيع او تقدير الثمن
وعند فساد الملك ينقلب الحقيقة شبهة فالشبهة تنزل الى شبهة الشبهة والشبهة
هي المعتبرة دون النازل عنها قال وكذلك اذا ادعى على آخر مالا فقضاه

اياه ثم تصادقا انه لم يكن عليه شي وقد ربح المدعي في الدراهم يطيب له الربح لان
الخبث لفساد الملك ههنا لان الدين وجب بتسمية ثم استحق بالتصادق وبدل
المستحق مملوك فلا يعمل فيما لا يتعين فصل فيما يكره قال ونهى رسول الله صلعم
عن النجش وهو ان يزيد في الثمن ولا يريد الشرا ليرغب غيره قال عليه السلام لا تناجشوا
قال وعن السوم على سوم غيره قال عليه السلام لا يستام الرجل على سوم اخيه
ولا يخطب على خطبة اخيه ولان في ذلك ايحاشا واضرارا وهذا اذا تراضى المتعا
قدان على مبلغ ثمن في المساومة فاذا لم يركن احدهما الى الآخر فهو بيع من يزيد فلا
باس به على ما نذكره وما ذكرناه محمل النهي في النكاح ايضا قال وعن تلقي الجلب
وهذا اذا كان يضر باهل البلدة فان كان لا يضر لا باس به الا اذا لبس السعر على الوا
ردين فحينئذ يكره لما فيه من الغرور والضرر قال وعن بيع الحاضر للبادي فقد
قال عليه السلام لا يبيع الحاضر للبادي وهذا اذا كان اهل البلدة في قحط وعوز
وهو ان يبيع من اهل البدو طمعا في الثمن الغالي لما فيه من الاضرار بهم اما اذا لم يكن
كذلك فلا باس به لانعدام الضرر قال والبيع عند اذان الجمعة قال الله تعالى وذروا
البيع ثم فيه اخلال بواجب السعي على بعض الوجوه وقد ذكرنا الاذان المعتبر فيه في كتاب
الصلوة قال وكل ذلك يكره لما ذكرنا ولا يفسد به البيع لان الفساد في معنى خارج
زايد لا في صلب العقد ولا في شرايط الصحة قال ولا باس ببيع من يزيد و
تفسيره ما ذكرنا وقد صح ان النبي عليه السلام باع قدحا وحلسا ببيع من يزيد
ولانه بيع الفقراء والحاجة ماسة اليه نوع منه ومن ملك مملوكين صغيرين او احدهما
ذو رحم محرم من الآخر لم يفرق بينهما وكذلك ان كان احدهما كبيرا والاصل فيه
قوله عليه السلام من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين احبته يوم القيمة
ووهب رسول الله لعلي رضي الله عنه غلامين اخوين صغيرين ثم قال له ما فعل
الغلامين فقال بعت احدهما فقال عليه السلام ادرك ادرك ويروى اردد اردد
ولان الصغير يستانس بالصغير وبالكبير والكبير يتعاهده فكان في بيع احدهما قطع
الاستيناس والمنع من التعاهد وفيه ترك المرحمة على الصغار وقد اوعد عليه
ثم المنع معلول بالقرابة المحرمة للنكاح حتى لا يدخل فيه محرم غير قريب ولا قريب
غير محرم ولا يدخل فيه الزوجان حتى جاز التفريق بينهما لان النص ورد بخلاف القياس
فيقتصر على مورده ولا بد من اجتماعهما في ملكه لما ذكرنا حتى لو كان احد الصغيرين
له والآخر لغيره لا باس ببيع واحد منهما ولو كان التفريق بحق مستحق لا باس به
كدفع احدهما بالجناية وبيعه بالدين ورده بالعيب لان المنظور اليه دفع الضرر

عن غيره لا لاضرار قال فان فرق كره ذلك وجاز العقد وعن ابي يوسف لا يجوز
في قرابة الولاد ويجوز في غيرها وعنه انه لا يجوز في جميع ذلك لما روينا فان الامر
بالادراك والرد لا يكون الا في بيع الفاسد ولهما ان ركن البيع صدر من اهله
مضافا الى محله وانما الكراهة لمعنى مجاور فشابه كراهة الاستيام وان كان كثيرين
فلا باس بالتفريق لانه ليس في معنى ما ورد به النص وقد صح ان النبي عليه السلام
فرق بين مارية وسيرين وكانتا امتين اختين باب الاقالة الاقالة جائزة
في البيع بمثل الثمن الاول لقوله عليه السلام من اقال نادما بيعته اقال الله
عثرته يوم القيمة ولان العقد حقهما فيملكان رفعه دفعا لحاجتهما فان
شرطا اكثر منه او اقل فالشرط باطل ويرد مثل الثمن الاول والاصل ان الاقالة
فسخ في حق المتعاقدين بيع جديد في حق غيرهما الا ان لا يمكن جعله فسخا
فيبطل وهذا عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف هو بيع الا ان لا يمكن جعله بيعا
فيجعل فسخا فيبطل وعند محمد رحمه الله هو فسخ الا اذا تعذر جعله فسخا
فيجعل بيعا الا ان لا يمكن فيبطل لمحمد رحمه الله ان اللفظ للفسخ والرفع ومنه
يقال اقلني عثراتي فيوفر عليه قضيته واذا تعذر يحمل على محتمله وهو البيع
الا ترى انه بيع في حق الثالث ولابي يوسف انه مبادلة المال بالمال بالتراضي
وهذا هو حد البيع ولهذا يبطل بهلاكه ويرد بالعيب ويثبت به الشفعة و
هذه احكام البيع ولابي حنيفة ان اللفظ ينبئ عن الدفع والفسخ كما قلنا والاصل
اعمال الالفاظ في مقتضياتها الحقيقية ولا يحتمل ابتداء العقد ليحمل عليه عند
التعذر لانه ضده واللفظ لا يحتمل ضده فتعين البطلان وكونه بيعا في حق
الثالث امر ضروري لانه يثبت به مثل حكم البيع وهو الملك لا مقتضى الصيغة
اذ لا ولاية لهما على غيرهما اذا ثبت هذا نقول اذا شرط الاكثر فالاقالة على الثمن
الاول لتعذر الفسخ على الزيادة اذ رفع ما لم يكن ثابتا محال فيبطل الشرط لان
الاقالة لا تبطل بالشروط الفاسدة بخلاف البيع لان الزيادة يمكن اثباتها في
العقد فيتحقق الربوا اما لا يمكن اثباتها في الرفع وكذا اذا شرط الاقل لما بينا
الا ان يكون في المبيع عيب فحينئذ جازت الاقالة بالاقل لان الحط يجعل
بازاء ما فات بالعيب وعندهما في شرط الزيادة يكون بيعا لان الاصل هو
البيع عند ابي يوسف وعند محمد جعله بيعا ممكن فاذا زاد كان قاصدا بهذا
البيع وكذا في شرط الاقل عند ابي يوسف لانه هو الاصل عنده وعند محمد هو
فسخ بالثمن الاول لانه سكوت عن بعض الثمن الاول ولو سكت عن الكل واقال

يكون

يكون فسخا فهذا اولى بخلاف ما اذا زاد واذا دخله عيب فهو فسخ بالاقل لما بينا
ولو اقال بغير جنس الثمن الاول فهو فسخ بالثمن الاول عند ابي حنيفة ويجعل التسمية
لغوا وعندهما بيع لما بينا ولو ولدت المبيعة ولدا ثم تقايلا فالاقالة باطلة
عنده لان الولد مانع من الفسخ وعندهما يكون بيعا والاقالة قبل القبض
في المنقول وغيره فسخ عند ابي حنيفة ومحمد وكذا عند ابي يوسف في المنقول لتعذر
البيع وفي العقار يكون بيعا عنده لامكان البيع فان بيع العقار قبل القبض
جائز عنده قال وهلاك الثمن لا يمنع صحة الاقالة وهلاك المبيع يمنع منها
لان رفع البيع يستدعي قيامه وهو قائم بالمبيع دون الثمن فان هلك بعض المبيع
جازت الاقالة في الباقي لقيام البيع فيه ولو تقايضا تجوز الاقالة بعد هلاك
احدهما ولا يبطل بهلاك احدهما لان كل واحد منهما مبيع فكان البيع باقيا والله اعلم
باب المرابحة والتولية قال المرابحة نقل ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الاول
مع زيادة ربح والتولية نقل ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الاول من غير زيادة ربح
والبيعان جائزان لاستجماع شرائط الجواز والحاجة ماسة الى هذا النوع من البيع
لان الغبي الذي لا يهتدي في التجارة يحتاج الى ان يعتمد فعل الذكي المهتدي وتطيب
نفسه بمثل ما اشترى وبزيادة ربح فوجب القول بجوازهما ولهذا كان مبناهما
على الامانة والاحتراز عن الخيانة وعن شبهتها وقد صح ان النبي عليه السلام لما اراد
الهجرة ابتاع ابو بكر رضي الله عنه بعيرين فقال له النبي عليه السلام ولني احدهما
فقال هو لك بغير شيء فقال اما بغير ثمن فلا قال ولا تصح المرابحة والتولية
حتى يكون العوض مما له مثل لانه اذا لم يكن له مثل لو ملكه ملكه بالقيمة
وهي مجهولة ولو كان المشتري رابحه ممن يملك ذلك البدل وقد باعه بربح درهم
او شيء من المكيل موصوف جاز لانه يقدر على الوفاء بما التزم فان باعه بربح
ده يازده لا يجوز لانه باعه بربح درهم برأس المال وببعض قيمته لانه ليس من
ذوات الامثال ويجوز ان يضيف الى رأس المال اجرة القصار والصبغ و
الطراز والفتل واجرة حمل الطعام لان العرف جار بالحاق هذه الاشياء برأس
المال في عرف التجار ولان كل ما يزيد في المبيع او في قيمته يلحق به هذا هو الاصل
وما عددناه بهذه الصفة لان الصبغ واخواته يزيد في العين والحمل يزيد
في القيمة اذ القيمة تختلف باختلاف المكان ويقول قام علي بكذا ولا يقول اشتريته
بكذا كيلا يكون كاذبا وسوق الغنم بمنزلة الحمل بخلاف اجرة الراعي وكراء بيت الحفظ
لانه لا يزيد في العين والمعنى وبخلاف اجرة التعليم لان ثبوت الزيادة لمعنى فيه

وهو جزافة فان اطلع المشترى على خيانة فى المرابحة فهو بالخيار عند ابى حنيفة ان شاء
اخذه بجميع الثمن وان شاء تركه وان اطلع على خيانة فى التولية اسقطها من الثمن
وقال ابو يوسف يحط فيهما وقال محمد يخير فيهما لمحمد ان الاعتبار للتسمية لكونه معلوما
والتولية والمرابحة ترويج وترغيب فيكون وصفا مرغوبا فيه كوصف السلامة
فيتخير بفواته ولابى يوسف ان الاصل فيه كونه تولية ومرابحة ولهذا ينعقد
بقوله وليتك بالثمن الاول او بعتك مرابحة على الثمن الاول اذا كان ذلك
معلوما فلا بد من البناء على الاول وذلك بالحط غير انه يحط فى التولية قدر الخيانة
من راس المال وفى المرابحة منه ومن الربح ولابى حنيفة انه لو لم يحط فى التولية لا تبقى تولية
لانه يزيد على الثمن الاول فيتغير التصرف فتعين الحط وفى المرابحة لو لم يحط تبقى
مرابحة وان كان يتفاوت الربح فلا يتغير التصرف فامكن القول بالتخيير فلو هلك
قبل ان يرده او حدث فيه ما يمنع الفسخ يلزمه جميع الثمن فى الروايات الظاهرة
لانه مجرد خيار فلا يقابله شىء من الثمن كخيار الرؤية والشرط بخلاف خيار العيب
لانه يطالبه بتسليم الفائت فيسقط ما يقابله عند عجزه قال ومن اشترى
ثوبا فباعه بربح ثم اشتراه فان باعه مرابحة طرح عنه كل ربح كان قبل ذلك
فان كان ذلك استغرق الثمن لم يبعه مرابحة وهذا عند ابى حنيفة وقالا يبيعه
على الثمن الاخير صورته اذا اشترى بعشرة وباعه بخمسة عشر ثم اشتراه بعشرة
فانه يبيعه مرابحة بخمسة ويقول قام على بخمسة ولو اشتراه بعشرة وباعه
بعشرين مرابحة ثم اشتراه بعشرة لا يبيعه مرابحة اصلا وعندهما يبيعه مرابحة
على العشرة فى الفصلين لهما ان العقد الثانى عقد متجدد منقطع الاحكام عن
الاول فيجوز بناء المرابحة عليه كما اذا تخلل ثالث ولابى حنيفة ان شبهة حصول
الربح بالعقد الثانى ثابتة لانه يتاكد به بعد ما كان على شرف السقوط بالظهور
على عيب فالشبهة كالحقيقة فى بيع المرابحة احتياطا ولهذا لم تجز المرابحة فيما اخذ
بالصلح لشبهة الحطيطة فيصير كانه اشترى خمسة وثوبا بعشرة فيطرح خمسة
بخلاف ما اذا تخلل ثالث لان التاكد حصل بغيره قال واذا اشترى العبد
الماذون له فى التجارة ثوبا بعشرة وعليه دين يحيط برقبته فباعه من المولى بخمسة
عشر فانه يبيعه مرابحة على عشرة وكذلك ان كان المولى اشتراه فباعه من العبد لان
فى هذا العقد شبهة العدم لجواز بيع الثانى فاعتبر عدما فى حكم المرابحة وبقى الاعتبار للاول فيصير كان العبد اشتراه للمولى بعشرة فى الفصل الاول وكانه يبيعه
للمولى فى الفصل الثانى فيعتبر الثمن الاول قال واذا كان مع المضارب عشرة دراهم

بالنصف فاشترى

فاشترى ثوبا بعشرة وباعه من رب المال بخمسة عشر فانه يبيعه مرابحة باثنى عشر ونصف
لان هذا البيع وان قضى بجوازه عندنا عند عدم الربح خلافا لزفر مع انه يشترى
ماله بماله لما فيه من استفادة ولاية التصرف وهو مقصود والانعقاد يتبع الفائدة
ففيه شبهة العدم الا ترى انه وكيل عنه فى البيع الاول من وجه فاعتبر البيع الثانى
عدما فى حق نصف الربح قال ومن اشترى جارية فاعورت او وطئها وهى ثيب
يبيعها مرابحة ولا يبين لانه لم يحتبس عنده شىء يقابله الثمن لان الاوصاف تابعة
لا يقابلها الثمن ولهذا لو فات قبل التسليم لا يسقط شىء من الثمن وكذا منافع
البضع لا يقابلها الثمن والمسئلة فيما اذا لم ينقصها الوطى وعن ابى يوسف فى الفصل
الاول انه لا يبيع من غير بيان كما اذا احتبس بفعله وهو قول الشافعى واما اذا
فقا عينها بنفسه او فقاها اجنبى فاخذ ارشها لم يبعها مرابحة حتى يبين لانه صار
مقصودا بالاتلاف فيقابلها شىء من الثمن وكذا اذا وطئها وهى بكر لان العذرة جزء
من العين يقابلها الثمن وقد حبسها ولو اشترى ثوبا فاصابه قرض فار او حرق نار
يبيعها مرابحة من غير بيان ولو تكسر بنشره او وطئه لا يبيعه مرابحة حتى يبين والمعنى ما بينا
قال ومن اشترى غلاما بالف درهم نسيئة فباعه بربح مائة ولم يبين فعلم
المشترى فان شاء رده وان شاء قبل لان للاجل شبها بالمبيع الا ترى انه يزاد فى الثمن
لاجل الاجل والشبهة فى هذا ملحقة بالحقيقة فصار كانه اشترى شيئين وباع
احدهما مرابحة بثمنهما والاقدام على المرابحة يوجب السلامة عن مثل هذه الخيانة
واذا ظهرت يخير كما فى العيب وان استهلكه ثم علم لزمه بالف ومائة لان الاجل
لا يقابله شىء من الثمن فان كان ولاه اياه ولم يبين رده ان شاء لان الخيانة فى التولية
مثلها فى المرابحة لانه بناء على الثمن الاول وان كان استهلكه ثم علم لزمه بالف حالة
لما ذكرنا وعن ابى يوسف انه يرد القيمة ويسترد كل الثمن ونظيره ما اذا استوفى
الزيوف مكان الجياد وعلم بعد الانفاق وسياتيك من بعد ان شاء الله وقيل
يقوم بثمن حال وبثمن مؤجل فيرجع بفضل ما بينهما ولو لم يكن الاجل مشروطا فى العقد
ولكنه منجم معتاد قيل لا بد من بيانه لان المعروف كالمشروط وقيل يبيعه ولا يبينه
لان الثمن حال قال ومن ولى رجلا شيئا بما قام عليه ولم يعلم المشترى بكم قام عليه
فالبيع فاسد لجهالة الثمن فان اعلمه البائع يعنى فى المجلس فهو بالخيار ان شاء اخذه
وان شاء تركه لان الفساد لم يتقرر فاذا حصل العلم فى المجلس جعل كابتداء العقد
وصار كتاخير القبول الى آخر المجلس وبعد الافتراق قد تقرر فلا يقبل الاصلاح
ونظيره بيع الشىء برقمه اذا علم فى المجلس وانما يتخير لان الرضا لا يتم قبله لعدم العلم

فيتخير كما في خيار الرؤية **فصل** ومن اشترى شيئا مما ينقل ويحول لم يجز له بيعه حتى
يقبضه لانه عليه السلام نهى عن بيع ما لم يقبض ولان فيه غرر انفساخ العقد على اعتبار
الهلاك ويجوز بيع العقار قبل القبض عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يجوز
رجوعا الى اطلاق الحديث واعتبارا بالمنقول وصار كالاجارة **ولهما** ان ركن البيع صدر
من اهله في محله ولا غرر فيه لان الهلاك في العقار نادر بخلاف المنقول والغرر المنهي
غرر انفساخ العقد والحديث معلول به عملا بدلائل الجواز والاجارة قيل على هذا
الخلاف **قال** ومن اشترى مكيلا مكايلة او موزونا موازنة فاكتاله او اتزنه
ثم باعه مكايلة او موازنة لم يجز للمشتري منه ان يبيعه ولا ان ياكله حتى يعيد الكيل
والوزن لان النبي عليه السلام نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع البايع
وصاع المشتري ولانه يحتمل ان يزيد على المشروط وذلك للبايع والتصرف في مال الغير
حرام فيجب التحرز عنه بخلاف ما اذا باعه مجازفة لان الزيادة له وبخلاف ما اذا
باع الثوب مذارعة لان الزيادة له اذ الذرع وصف في الثوب بخلاف القدر ولا معتبر
بكيل البايع قبل البيع وان كان بحضرة المشتري لانه ليس صاع البايع والمشتري وهو المشروط
ولا بكيله بعد البيع بغيبة المشتري لان الكيل من باب التسليم لان به يصير المبيع معلوما
ولا تسليم الا بحضرته ولو كاله البايع بعد البيع بحضرة المشتري فقد قيل لا يكتفي به لظاهر
الحديث فانه اعتبر صاعين والصحيح انه يكتفي به لان المبيع صار معلوما بكيل واحد
وتحقق معنى التسليم ومحمل الحديث اجتماع الصفقتين على ما نبين في باب السلم
ان شاء الله ولو اشترى المعدود عدا فهو كالمذروع فيما يروى عنهما لانه ليس بمال
الربوا وكالموزون فيما يروى عن ابي حنيفة لانه لا يحل له الزيادة على المشروط **قال**
والتصرف في الثمن قبل القبض جائز لقيام المطلق وهو الملك وليس فيه غرر الانفساخ
بالهلاك لعدم تعينها بالتعيين بخلاف المبيع **قال** ويجوز للمشتري ان يزيد
البايع في الثمن ويجوز للبايع ان يزيد المبيع ويجوز ان يحط عن الثمن ويتعلق الاستحقاق
بجميع ذلك فالزيادة والحط يلتحقان باصل العقد وعند زفر والشافعي لا يصحان
على اعتبار الالتحاق بل على اعتبار ابتداء الصلة **لهما** انه لا يمكن تصحيح الزيادة
ثمنا لانه يصير ملكه عوض ملكه فلا يلتحق باصل العقد وكذلك الحط لان كل الثمن
صار مقابلا بكل المبيع فلا يمكن اخراجه فصار برا مبتدا **ولنا** انهما بالحط والزيادة
يغيران العقد من وصف مشروع الى وصف مشروع وهو كونه رابحا او خاسرا او عدلا
ولهما ولاية الرفع فاولى ان يكون لهما ولاية التغيير وصار كما اذا اسقطا الخيار
وشرطاه بعد العقد ثم اذا صح يلتحق باصل العقد لان وصف الشيء يقوم به لا بنفسه

بخلاف

بخلاف حط الكل لانه تبديل لاصله لا تغيير لوصفه فلا يلتحق به وعلى اعتبار الالتحاق
لا تكون الزيادة عوضا عن ملكه ويظهر حكم الالتحاق في التولية والمرابحة حتى يجوز
على الكل في الزيادة ويباشر على الباقي في الحط وفي الشفعة حتى ياخذ بما بقي في الحط وان
كان للشفيع ان ياخذ بدون الزيادة لما في الزيادة من ابطال حقه الثابت فلا يملكانه
ثم الزيادة لا تصح بعد هلاك المبيع على ظاهر الرواية لان المبيع لم يبق على حالة يصح
الاعتياض عنه والشيء يثبت ثم يستند بخلاف الحط لانه بحال يمكن اخراج البدل عما يقابله
فيلتحق باصل العقد استنادا **قال** ومن باع بثمن حال ثم اجله اجلا معلوما صار
موجلا لان الثمن حقه فله ان يوخره تيسيرا على من عليه الا ترى انه يملك ابراءه مطلقا
فكذا موقتا ولو اجله اجلا مجهولا ان كانت الجهالة متفاحشة كهبوب الريح لا يجوز
وان كانت متقاربة كالحصاد والدياس يجوز لانه بمنزلة الكفالة وقد ذكرناه
من قبل **قال** وكل دين حال اذا اجله صاحبه صار موجلا لما ذكرنا الا القرض
فان تاجيله لا يصح لانه اعارة وصلة في الابتداء حتى يصح بلفظ الاعارة ولا يملكه
من لا يملك التبرع كالصبي والوصي ومعاوضة في الانتهاء فعلى اعتبار الابتداء
لا يلزم التاجيل فيه كما في الاعارة اذ لا جبر في التبرع وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح لانه
يصير بيع الدراهم بالدراهم نسيئة وهو ربوا وهذا بخلاف ما اذا اوصى ان يقرض
من ماله الف درهم فلانا الى سنة حيث يلزم من الثلث ان يقرضوه ولا يطالبوه قبل
المدة لانه وصية بالتبرع بمنزلة الوصية بالخدمة والسكنى فيلزم حقا للموصي

باب الربوا قال الربوا محرم في كل مكيل وموزون بيع بجنسه فالعلة
الكيل مع الجنس او الوزن مع الجنس **قال العبد** الضعيف رحمه الله ويقال القدر
مع الجنس وهو اشمل والاصل فيه الحديث المشهور وهو قوله عليه السلام الحنطة
بالحنطة مثلا بمثل يدا بيد والفضل ربوا وعد الاشياء الستة الحنطة والشعير والتمر
والملح والزبيب والفضة على هذا المثال ويروى بروايتين بالرفع مثل وبالنصب
مثلا ومعنى الاول بيع التمر ومعنى الثاني بيعوا التمر والحكم معلول باجماع القايسين
لكن العلة عندنا ما ذكرناه وعند الشافعي الطعم في المطعومات والثمنية في
الاثمان والجنسية شرط والمساواة مخلص والاصل هو الحرمة عنده لانه نص على شرطين
التقابض والمماثلة وكل ذلك يشعر بالعزة والخطر كاشتراط الشهادة في النكاح
فيعلل بعلة يناسب اظهار الخطر والعزة وهو الطعم لبقاء الانسان به والثمنية لبقاء
الاموال التي هي مناط المصالح بها ولا اثر للجنسية في ذلك فجعلناه شرطا والحكم
قد يدور مع الشرط **ولنا** انه اوجب المماثلة شرطا في البيع وهو المقصود بسوقه

تحقيقا لمعنى البيع او هو ينبئ عن التقابل وذلك بالتماثل وصيانة لاموال الناس عن
التوى او تتميما للفايدة باتصال التسليم ثم يلزم عند فوته حرمة الربوا والمماثلة
بين الشيئين باعتبار الصورة والمعنى والمعيار يسوي الذات والجنسية تسوي المعنى
فيظهر الفضل على ذلك فيتحقق الربوا لان الربوا هو الفضل المستحق لاحد العاقدين
في المعاوضة الخالي عن عوض شرط فيه ولا يعتبر الوصف لانه لا يعد تفاوتا عرفا او لان
في اعتباره سد باب البياعات او لقوله عليه السلام جيدها ورديها سواء والطعم والثمنية
من اعظم وجوه المنافع والسبيل في مثلها الاطلاق بابلغ الوجوه لشدة الاحتياج اليها
دون التضييق فيه فلا معتبر بما ذكر اذا ثبت هذا نقول اذا بيع المكيل والموزون بجنسه
مثلا بمثل جاز البيع لوجود شرط الجواز وهو المماثلة في المعيار الا ترى الى ما روي قوله
مثلا بمثل كيلا بكيل وفي الذهب بالذهب وزنا بوزن وان تفاضلا لم يجز لتحقق الربوا
ولا يجوز بيع الجيد بالردي مما فيه الربوا الا مثلا بمثل لاهدار التفاوت في الوصف
ويجوز بيع الحفنة بالحفنتين والتفاحة بالتفاحتين لان المساواة بالمعيار ولم
يوجد فلم يتحقق الفضل ولهذا كان مضمونا بالقيمة عند الاتلاف وعند الشافعي العلة
هو الطعم ولا مخلص وهو المساواة فيحرم وما دون نصف صاع فهو في حكم الحفنة
لانه لا تقدير في الشرع بما دونه ولو تبايعا مكيلا او موزونا غير مطعوم بجنسه
متفاضلا كالجص والحديد لا يجوز عندنا لوجود القدر والجنس وعنده يجوز
لعدم الطعم والثمنية قال واذا عدم الوصفان الجنس والمعنى المضموم اليه
حل التفاضل والنسا لعدم العلة المحرمة والاصل فيه الاباحة واذا وجدا حرم التفاضل
والنسا لوجود العلة واذا وجد احدهما وعدم الاخر حل التفاضل وحرم النساء
مثل ان يسلم هرويا في هروي او حنطة في شعير فحرمة ربوا الفضل بالوصفين
وحرمة النسا باحدهما وقال الشافعي رحمه الله الجنس بانفراده لا يحرم النسا لان بالنقد
وعدمها لا يثبت الا شبهة الفضل وحقيقة الفضل غير مانع فيه حتى يجوز بيع
الواحد بالاثنين فالشبهة اولى ولنا انه مال الربوا من وجه نظرا الى القدر او
الجنس والنقد يوجب فضلا في المالية فيتحقق شبهة الربوا وهي مانعة كالحقيقة
الا انه اذا اسلم النقود في الزعفران وهو متمن بالتعيين والنقود يوزن بالسنجات
وهو ثمن لا يتعين ولو باع بالنقود موازنة وقبضها صح التصرف فيها قبل الوزن وفي
الزعفران واشباهه لا يجوز فاذا اختلفا فيه صورة ومعنى وحكما لم يجمعهما القدر
من كل وجه فتنزل الشبهة فيه وهي غير معتبرة قال وكل شي نص عليه رسول الله صلعم
على تحريم التفاضل فيه كيلا فهو مكيل ابدا وان ترك الناس الكيل فيه مثل الحنطة

والشعير



والشعير والتمر والملح وكل ما نص على تحريم التفاضل فيه وزنا فهو موزون ابدا مثل
الذهب والفضة لان النص اقوى من العرف والاقوى لا يترك بالادنى وما لم
ينص عليه فهو محمول على عادات الناس لانها دلالة وعن ابي يوسف انه يعتبر العرف
على خلاف المنصوص ايضا لان النص على ذلك لمكان العادة وكانت هي المنظور
اليها وقد تبدلت فعلى هذا لو باع الحنطة بجنسها متساويا وزنا او الذهب
بجنسه متماثلا كيلا لا يجوز عندهما وان تعارفوا ذلك لتوهم الفضل على ما هو
المعيار فيه كما اذا باع مجازفة الا انه يجوز السلم في الحنطة ونحوها وزنا لوجود
الاسلام في معلوم قال وكل ما ينسب الى الرطل فهو وزني معناه ما يباع
بالاواقي لانها قدرت بطريق الوزن حتى يحتسب ما يباع بها وزنا بخلاف ساير
المكاييل واذا كان موزونا فلو بيع بمكيال لا يعرف وزنه بمكيال مثله لا يجوز
لتوهم الفضل في الموزون بمنزلة المجازفة قال وعقد الصرف ما وقع
على جنس الاثمان يعتبر فيه قبض عوضه في المجلس لقوله عليه السلام الفضة بالفضة
ها وها معناه يدا بيد وسنبين الفقه في الصرف ان شاء الله قال وما سواه
مما فيه الربوا يعتبر فيه التعيين ولا يعتبر التقابض خلافا للشافعي في بيع الطعام
له قوله عليه السلام في الحديث المعروف يدا بيد ولانه اذا لم يقبض في المجلس
يتعاقب القبض وللنقد مزية فيتحقق شبهة الربوا ولنا انه مبيع متعين اي
مقبوضا فلا يشترط فيه القبض كالثوب وهذا لان الفايدة المطلوبة انما هو
التمكن من التصرف ويترتب ذلك على التعيين بخلاف الصرف لان القبض فيه
ليتعين به ومعنى قوله عليه السلام يدا بيد عينا بعين وكذا رواه عبادة بن
الصامت رضي الله عنه وتعاقب القبض لا يعتبر تفاوتا في المال عرفا بخلاف
النقد والمؤجل قال ويجوز بيع البيضة بالبيضتين والتمرة بالتمرتين والجوزة
بالجوزتين لانعدام المعيار فلا يتحقق الربوا والشافعي يخالفه فيه لوجود الطعم
على ما مر قال ويجوز بيع الفلس بالفلسين باعيانهما عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد لا يجوز لان الثمنية تثبت باصطلاح الكل فلا يبطل باصطلاحهما
واذا بقيت اثمانا لا يتعين فصار كما اذا كانا بغير اعيانهما وكبيع الدرهم بالدرهمين
ولهما ان الثمنية في حقهما تثبت باصطلاحهما اذ لا ولاية للغير عليهما فيبطل
باصطلاحهما واذا بطلت الثمنية يتعين بالتعيين ولا يعود وزنيا لبقاء الا
صطلاح على العد اذ في نقضه في حق العد فساد العقد فصار كالجوزة بالجوزتين
بخلاف النقود لانها للثمنية خلقة وبخلاف ما اذا كانا بغير اعيانهما لانه كالي بكالي

وقد نهى عنه وبخلاف ما اذا كان احدهما بغير عينه لان الجنس بانفراده يحرم النسا
قال ولا يجوز بيع الحنطة بالدقيق ولا بالسويق لان المجانسة باقية من وجه
لانهما من اجزاء الحنطة والمعيار فيهما الكيل لكن الكيل غير مسوي بينهما وبين الحنطة
لاكتنازهما فيه وتخلخل حبات الحنطة فلا يجوز وان كان كيلا بكيل ويجوز بيع الدقيق
بالدقيق متساويا كيلا لتحقق الشرط وبيع الدقيق بالسويق لا يجوز عند ابي حنيفة
متفاضلا ولا متساويا لانه لا يجوز بيع الدقيق بالمقلية ولا بيع السويق بالحنطة
فكذا بيع اجزائهما لقيام المجانسة من وجه وعندهما يجوز لانهما جنسان لاختلاف
المقصود قلنا معظم المقصود وهو التغذي يشملهما ولا يبالي بفوات البعض
كالمقلية وغير المقلية والعلكة بالمسوسة قال ويجوز بيع اللحم بالحيوان عند
ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يجوز اذا باعه بلحم من جنسه الا اذا كان اللحم
المفرز اكثر ليكون اللحم بمقابلة ما فيه من اللحم والباقي بمقابلة السقط اذ لو لم
يكن كذلك يتحقق الربوا من حيث زيادة السقط او من حيث زيادة اللحم وصار كالخل
بالسمسم ولهما انه باع الموزون بما ليس بموزون لان الحيوان لا يوزن عادة ولا يمكن
معرفة ثقله بالوزن لانه لا يخفف نفسه مرة ويثقل اخرى بخلاف تلك المسئلة
لان الوزن في الحال يعرف قدر الدهن اذا ميز بينه وبين الثجير ويوزن الثجير قال
ويجوز بيع الرطب بالتمر مثلا بمثل عند ابي حنيفة وقالا لا يجوز لقوله عليه السلام حين
سئل عنه اوينقص اذا جف فقيل نعم فقال عليه السلام لا اذا وله ان الرطب تمر لقوله عليه السلام
حين اهدي اليه رطبا اوكل تمر خيبر هكذا وبيع التمر بمثله جائز لما روينا ولانه لو كان
تمرا جاز البيع باول الحديث وان كان تمرا فباخره وهو قوله عليه السلام اذا اختلف
النوعان فبيعوا كيف شئتم ومدار ما روياه زيد بن عياش وهو ضعيف عند النقلة
قال وكذلك العنب بالزبيب يعني على هذا الخلاف والوجه ما بيناه وقيل
لا يجوز بالاتفاق اعتبارا بالحنطة المقلية بغير المقلية والرطب بالرطب يجوز متماثلا
كيلا عندنا لانه بيع التمر بالتمر وكذا بيع الحنطة الرطبة بالرطبة او المبلولة بمثلها
او باليابسة او التمر او الزبيب المنقع بالمنقع منهما عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد لا يجوز جميع ذلك لانه يعتبر المساواة في اعدل الاحوال وهو المال وابو
حنيفة يعتبره في الحال وكذا ابو يوسف عملا باطلاق الحديث الا انه ترك هذا الاصل
في بيع الرطب بالتمر لما روينا لهما ووجه الفرق لمحمد بين هذه الفصول وبين الرطب
بالرطب ان التفاوت فيها يظهر مع بقاء البدلين على الاسم الذي عقد عليه العقد وفي الرطب بالتمر مع
احدهما على ذلك فيكون تفاوتا في عين المعقود عليه وفي الرطب بالرطب التفاوت بعد زوال

ذل

ذلك الاسم فلم يكن تفاوتا في المعقود عليه فلا يعتبر ولو باع البسر بالتمر متفاضلا
لا يجوز لان البسر تمر بخلاف الكفري حيث يجوز بيعه بما شاء من التمر اثنان بواحد لانه
ليس بتمر فان هذا الاسم له من اول ما ينعقد صورته لا قبله والكفري عددي متفاوت
حتى لو باع التمر به نسية لا يجوز للجهالة قال ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت
والسمسم بالشيرج حتى يكون الزيت والشيرج اكثر مما في الزيتون والسمسم فيكون
الدهن بمثله والزيادة بالثجير لان عند ذلك يعرى عن الربوا اذ ما فيه من الدهن موزون
وهذا لان ما فيه من الدهن لو كان اكثر او مساويا له فالثجير وبعض الدهن او الثجير
وحده فضل ولو لم يعلم مقدار ما فيه لا يجوز لاحتمال الربوا والشبهة كالحقيقة
والجوز بدهنه واللبن بسمنه والعنب بعصيره والتمر بدبسه على هذا الاعتبار
واختلفوا في القطن بغزله والكرباس بالقطن يجوز كيف ما كان بالاجماع قال
ويجوز بيع اللحمان المختلفة بعضها ببعض متفاضلا ومراده لحم البقر والابل والغنم
فاما البقر والجواميس جنس وكذا لحم المعز مع الضان وكذا العراب مع البخاتي قال
وكذلك البان البقر والغنم وعن الشافعي انها جنس واحد لاتحاد المقصود ولنا
ان الاصول مختلفة حتى لا يكمل نصاب احدهما بالاخر في الزكوة فكذا اجزاؤها اذا لم
يتبدل بالصنعة قال وكذا خل الدقل بخل العنب للاختلاف بين اصليهما فكذا
بين ماءيهما ولهذا كان عصيرهما جنسين وشعر المعز وصوف الغنم جنسان لاختلاف
المقاصد قال وكذا شحم البطن بالالية او باللحم لانها اجناس مختلفة لاختلاف
الصور والمعاني اختلافا فاحشا قال ويجوز بيع الخبز بالحنطة والدقيق متفاضلا
لان الخبز صار عدديا او موزونا فخرج من ان يكون مكيلا من كل وجه والحنطة مكيلة وعن
ابي حنيفة انه لا خير فيه والفتوى على الاول وهذا اذا كانا نقدين فان كانت الحنطة
نسية جاز ايضا وان كان الخبز نسية يجوز عند ابي يوسف وعليه الفتوى وكذا السلم
في الخبز جائز في الصحيح ولا خير في استقراضه عددا او وزنا عند ابي حنيفة لانه يتفاوت
بالخبز والخباز والتنور والتقدم والتاخر وعند محمد يجوز بهما للتعامل وعند ابي يوسف
يجوز وزنا ولا يجوز عددا للتفاوت في احاده قال ولا ربوا بين المولى وعبده لان
العبد وما في يده ملك لمولاه فلا يتحقق الربوا وهذا اذا كان ماذونا له ولم يكن عليه
دين وان كان عليه دين لا يجوز لان ما في يده ليس ملك المولى عند ابي حنيفة وعندهما
تعلق به حق الغرماء فصار كالاجنبي فيتحقق الربوا كما يتحقق بينه وبين مكاتبه قال
ولا بين المسلم والحربي في دار الحرب خلافا لابي يوسف والشافعي لاعتبار بالمستامن
منهم في دارنا ولنا قوله عليه السلام لا ربوا بين المسلم والحربي في دار الحرب ولان ماله مباح

في دارهم فباي طريق اخذه المسلم اخذ مالا مباحا اذ لم يكن فيه غدر بخلاف المستامن منهم
لان ماله صار محظورا بعقد الامان **باب الحقوق** ومن اشترى منزلا فوقه
منزل فليس له الاعلى الا ان يشتريه بكل حق هو له او بمرافقه او بكل قليل وكثير هو فيه
او منه ومن اشترى بيتا فوقه بيت بكل حق لم يكن له الاعلى ومن اشترى دارا بحدودها
فله العلو والكنيف جمع بين المنزل والدار والبيت فاسم الدار ينتظم العلو لانه اسم لما
ادير عليه الحدود والعلو من توابع الاصل واجزايه فيدخل فيه والبيت اسم لما يبات فيه
والعلو مثله والشي لا يكون تبعا لمثله فلا يدخل فيه الا بالتنصيص عليه والمنزل بين الدار
والبيت لانه يتاتى فيه مرافق السكنى مع ضرب قصور اذ لا يكون فيه منزل الدواب
فلشبهه بالدار يدخل العلو فيه تبعا عند ذكر التوابع ولشبهه بالبيت لا يدخل بدونه
وقيل في عرفنا يدخل العلو في جميع ذلك لانه كل بيت يسمى خانه ولا يخلو عن علو وكما يدخل
العلو في اسم الدار يدخل الكنيف لانه من توابعه ولا يدخل الظلة الا بذكر ما ذكرنا عند
ابي حنيفة لانه مبني على هواء الطريق فاخذ حكمه وعندهما ان كان مفتحه في الدار يدخل
من غير ذكر شي مما ذكرنا لانه من توابعه فشابه الكنيف قال ومن اشترى بيتا
في دار او منزلا او مسكنا لم يكن له الطريق الا ان يشتريه بكل حق هو له او بمرافقه
او بكل قليل وكثير وكذا الشرب والمسيل لانه خارج الحدود الا انه من التوابع فيدخل
بذكر التوابع بخلاف الاجارة لانها تعقد للانتفاع ولا يتحقق الا به اذ المستاجر لا يشتري
الطريق عادة ولا يستاجره فيدخل تحصيلا للفايدة المطلوبة منه اما الانتفاع
بالمبيع ممكن بدونه لان المشتري عادة يشتريه وقد يتجر فيه فيبيعه من غيره فحصلت
الفايدة **باب الاستحقاق** ومن اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها
رجل ببينة فانه ياخذها وولدها وان اقر بها لرجل لم يتبعها ولدها ووجه الفرق ان
البينة حجة مطلقة فانها كاسمها مبينة فيظهر بها ملكه من الاصل والولد كان متصلا
بها فيكون له اما الاقرار حجة قاصرة يثبت الملك في المخبر به ضرورة صحة الاخبار وقد اندفعت
باثباته بعد الانفصال فلا يكون الولد له ثم قيل يدخل الولد في القضاء بالام تبعا
وقيل يشترط القضاء بالولد واليه يشير المسايل فان القاضي اذا لم يعلم بالزوايد
قال محمد لا يدخل تحت الحكم بالام تبعا ومن اشترى عبدا فاذا هو حر وقد قال
العبد للمشتري اشترني فاني عبد فان كان البايع حاضرا او غايبا غيبة معروفة لم
يكن على العبد شي وان كان البايع لا يدري اين هو رجع المشتري على العبد ورجع
هو على البايع وان ارتهن عبدا مقرا بالعبودية فوجده حرا لم يرجع عليه على كل حال وعن
ابي يوسف انه لا يرجع فيهما لان الرجوع بالمعاوضة او بالكفالة والموجود ليس الا

الاخبار كاذبا فصار كما اذا قال الاجنبي ذلك اذ قال ارتهني فاني عبد وهي المسالة
الثانية ولهما ان المشتري شرع في الشرا معتمدا على امره واقراره اني عبد اذ القول له
في الحرية فيجعل العبد بالامر بالشرا ضامنا للثمن له عند تعذر رجوعه على البايع دفعا
للغرور والضرر ولا تعذر الا فيما لا يعرف مكانه والبيع عقد معاوضة فامكن ان
يجعل الامر به ضمانا للسلامة كما هو موجبه بخلاف الرهن لانه ليس بمعاوضة بل
هو وثيقة لاستيفاء عين حقه حتى يجوز الرهن ببدل الصرف والمسلم فيه مع حرمة الا
ستبدال فلا يجعل الامر به ضمانا للسلامة وبخلاف الاجنبي لانه لا يعبو بقوله فلا
يتحقق الغرور ونظير مسالتنا قول المولى بايعوا عبدي هذا فاني قد اذنت له ثم ظهر
الاستحقاق يرجعون عليه بقيمته ثم في وضع المسالة ضرب اشكال على قول ابي حنيفة
لان الدعوى شرط في حرية العبد عنده والتناقض يفسد الدعوى وبه قيل ان كان
الوضع في حرية الاصل فالدعوى فيها ليس بشرط عنده لتضمنه تحريم فرج الام وقيل هو
شرط لكن التناقض غير مانع لخفاء العلوق وان كان الوضع في الاعتاق فالتناقض
لا يمنع لاستبداد المولى به وصار كالمختلعة تقيم البينة على الطلقات قبل الخلع
والمكاتب يقيمها على الاعتاق قبل الكتابة قال ومن ادعى حقا في دار معناه
مجهولا فصالحه الذي في يده على مائة درهم فاستحقت الدار الا ذراعا منها لم يرجع
بشي لان للمدعي ان يقول دعواي في هذا الباقي وان ادعاها كلها فصالحه على مائة درهم
فاستحق منها شي رجع بحسابه لان التوفيق غير ممكن فوجب الرجوع ببدله عند فوات
سلامة المبدل ودلت المسالة على ان الصلح عن المجهول على معلوم جايز لان الجهالة
فيما يسقط لا يفضي الى المنازعة **فصل** في بيع الفضولي قال ومن باع ملك غيره
فالمالك بالخيار ان شا اجاز البيع وان شا فسخ وقال الشافعي لا ينعقد لانه لم يصدر
عن ولاية شرعية لانها بالملك او باذن المالك وقد فقدا ولا انعقاد الا بالقدرة الشرعية
ولنا انه تصرف تمليك وقد صدر من اهله في محله فوجب القول بانعقاده اذ لا ضرر
فيه للمالك مع تخيره بل فيه نفعه حيث يكفي مؤنة طلب المشتري وقرار الثمن وغيره وفيه
نفع العاقد لصون كلامه عن الالغاء وفيه نفع المشتري فثبت القدرة الشرعية تحصيلا
لهذه الوجوه كيف وان الاذن ثابت دلالة لان العاقل ياذن في التصرف النافع
قال وله الاجازة اذا كان المعقود عليه باقيا والمتعاقدان بحالهما لان الاجازة تصرف في
العقد فلا بد من قيامه وذلك بقيام العاقدين والمعقود عليه واذا اجاز المالك
كان الثمن مملوكا له امانة في يده بمنزلة الوكيل لان الاجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة
السابقة وللفضولي ان يفسخ قبل الاجازة دفعا للحقوق عن نفسه بخلاف الفضولي

في النكاح لانه معبر محض هذا اذا كان الثمن دينا فان كان عرضا معينا انما يصح الاجارة اذا
كان العرض باقيا ايضا ثم الاجارة اجارة نقد لا اجازة عقد حتى يكون العرض الثمن مملوكا
للفضولي وعليه مثل المبيع ان كان مثليا او قيمته لانه شراء من وجه والشراء لا يتوقف على
الاجارة ولو هلك المالك لا ينفذ باجارة الوارث في الفصلين لانه توقف على اجارة
المورث لنفسه فلا يجوز باجازة غيره ولو اجاز المالك في حياته ولا يعلم حال المبيع جاز
البيع في قول ابي يوسف اولا وهو قول محمد لان الاصل بقاؤه ثم رجع ابو يوسف وقال
لا يصح حتى يعلم قيامه عند الاجارة لان الشك وقع في شرط الاجارة فلا يثبت مع
الشك قال ومن غصب عبدا فباعه واعتقه المشتري ثم اجاز المولى البيع فالعتق جائز
استحسانا وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يجوز لانه لا عتق بدون الملك
قال عليه السلام لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم والموقوف لا يفيد الملك ولو ثبت في
الآخرة يثبت مستندا وهو ثابت من وجه دون وجه والمصحح للاعتاق الملك الكامل لما
روينا ولهذا لا يصح ان يعتق الغاصب ثم يودي الضمان ولا ان يعتق المشتري والخيار
للبايع وكذا لا يصح بيع المشتري من الغاصب فيما نحن فيه مع انه اسرع نفاذا حتى ينفذ
من الغاصب اذا ادى الضمان وكذا لا يصح اعتاق المشتري من الغاصب اذا ادى الضمان
ولهما ان الملك يثبت على موقوفا بتصرف مطلق موضوع لافادة الملك ولا ضرر فيه على
ما مر فيتوقف الاعتاق مرتبا عليه وينفذ بنفاذه وصار كاعتاق المشتري من الراهن و
كاعتاق الوارث عبدا من التركة وهي مستغرقة بالديون يصح وينفذ اذا اقضى الديون
بعد ذلك بخلاف اعتاق الغاصب بنفسه لان الغصب غير موضوع لافادة الملك
وبخلاف ما اذا كان في البيع خيار البايع لانه ليس بمطلق وقران الشرط انه يمنع انعقاده
في حق الحكم اصلا وبخلاف بيع المشتري من الغاصب اذا باع لان بالاجازة يثبت للبايع
ملك بات فاذا طرى على ملك موقوف لغيره ابطله واما اذا ادى الغاصب الضمان
ينفذ اعتاق المشتري منه كذا ذكره هلال وهو الاصح قال فان قطعت يد العبد
فاخذ ارشها ثم اجاز البيع فالارش للمشتري لان الملك تم له من وقت الشراء فتبين
ان القطع حصل على ملكه وهو حجة على محمد والعذر له ان الملك من وجه يكفي لاستحقاق
الارش كالمكاتب اذا قطعت يده واخذ الارش ثم رد في الرق يكون الارش للمولى وكذا
اذا قطعت يد المشتري في يد المشتري والخيار للبايع ثم اجيز البيع فالارش للمشتري
بخلاف الاعتاق على ما مر ويتصدق بما زاد على نصف الثمن لانه لم يدخل في ضمانه او فيه
شبهة عدم الملك قال فان باعه المشتري من آخر ثم اجاز المولى البيع الاول لم يجز البيع
الثاني لما ذكرنا ولان فيه غرر الانفساخ على اعتبار عدم الاجارة في البيع الاول والبيع

يفسد

يفسد به بخلاف الاعتاق عندهما لانه لا يؤثر فيه الغرر قال فان لم يبعه المشتري
فمات في يده او قتل ثم اجاز البيع لم يجز لما ذكرنا ان الاجارة من شرطها قيام المعقود عليه
وقد فات بالموت وكذا بالقتل اذ لا يمكن ايجاب البدل للمشتري بالقتل حتى يعد
باقيا ببقاء البدل لانه لا ملك للمشتري عند القتل ملكا يقابل بالبدل فيتحقق الفوات
بخلاف البيع الصحيح لان ملك المشتري ثابت فامكن ايجاب البدل له فيكون المبيع
قايما بقيام خلفه قال ومن باع عبد غيره بغير امره واقام المشتري البينة على
اقرار البايع او رب العبد انه لم يامره بالبيع واراد رد المبيع لم يقبل بينته للتناقض
في الدعوى اذ الاقدام على الشراء اقرار منه بصحته والبينة مبنية على صحة الدعوى
وان اقر البايع بذلك عند القاضي بطل البيع ان طلب المشتري ذلك لان التناقض
لا يمنع صحة الاقرار فللمشتري ان يساعده على ذلك فيتحقق الاتفاق بينهما ولهذا شرط
طلب المشتري قال العبد الضعيف وذكر في الزيادات ان المشتري اذا صدق
مدعيه ثم اقام البينة على اقرار البايع انه للمستحق يقبل وفرقوا ان العبد في هذه
المسئلة في يد المشتري وفي تلك في يد غيره وهو المستحق وشرط الرجوع بالثمن ان لا
يكون العين سالما للمشتري قال ومن باع دار رجل وادخلها المشتري في بنائه
لم يضمن البايع عند ابي حنيفة وهي مسئلة غصب العقار وسنبينه في الغصب ان شاء الله
باب السلم السلم عقد مشروع بالكتاب وهو اية المداينة فقد قال ابن عباس
رضي الله عنهما اشهد ان الله تعالى احل السلف المضمون وانزل فيها اطول اية في
كتابه وتلا قوله تعالى يا ايها الذين آمنوا اذا تداينتم الآية وبالسنة وهو ما روي
انه عليه السلام نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم والقياس
وان كان يأباه ولكنا تركناه لما روينا ووجه القياس انه بيع المعدوم اذ المبيع هو
المسلم فيه قال وهو جائز في المكيلات والموزونات لقوله عليه السلام من اسلم
منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم والمراد بالموزونات غير
الدراهم والدنانير لانهما اثمان والمسلم فيه لا بد ان يكون مثمنا فلا يصح السلم
فيهما ثم قيل يكون باطلا وقيل ينعقد بيعا بثمن مؤجل تحصيلا لمقصود العاقدين
بحسب الامكان والعبرة في العقود للمعاني والاول اصح لان التصحيح يجب في محل
اوجبا العقد فيه ولا يمكن قال وكذا في المذروعات لانه يمكن ضبطها بذكر الذرع
والصفة والصنعة ولا بد منها لترتفع الجهالة فيتحقق شرط صحة السلم وكذا في العدديات
التي لا تتفاوت كالجوز والبيض لان العددي المتقارب معلوم مضبوط الوصف
مقدور التسليم فيجوز السلم فيه والصغير والكبير سواء لاصطلاح الناس على اهدار

التفاوت بخلاف البطيخ والرمان لانه يتفاوت احاده تفاوتا فاحشا وبتفاوت الاحاد
في المالية يعرف العددي المتفاوت وعن ابي حنيفة انه لا يجوز في بيض النعام لانه يتفاوت
احاده في المالية ثم كما يجوز السلم فيها عددا يجوز كيلا وقال زفر لا يجوز كيلا لانه عددي
وليس بمكيل وعنه انه لا يجوز عددا للتفاوت ولنا ان المقدار مرة يعرف بالعدد وتارة
بالكيل وانما صار معدودا باصطلاح فيصير مكيلا باصطلاحهما وكذا في الفلوس عددا
وقيل هذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد لا يجوز لانها اثمان ولهما ان الثمنية
في حقهما باصطلاحهما وتعود وزنيا وقد ذكرناه من قبل ولا يجوز السلم في الحيوان وقال
الشافعي يجوز لانه يصير معلوما ببيان الجنس والسن والنوع والصفة والتفاوت بعد
ذلك يسير فاشبه الثياب ولنا انه بعد ذكر ما ذكر يبقى تفاوت فاحش في المالية باعتبار
المعاني الباطنة فيفضي الى المنازعة بخلاف الثياب لانه مصنوع العباد فقلما يتفاوت
الثوبان اذا نسجا على منوال واحد وقد صح ان النبي عليه السلام نهى عن بيع السلم في الحيوان
ويدخل فيه جميع اجناسه حتى العصافير قال ولا في اطرافه كالرؤوس والاكارع للتفاوت
فيها اذ هو عددي متفاوت لا مقدر لها قال ولا في الجلود عددا ولا في الحطب حزما ولا
في الرطبة جرزا للتفاوت الا اذا عرف ذلك بان بين طول ما يشد به الحزمة شبرا او ذراعا
فحينئذ يجوز اذا كان على وجه لا يتفاوت قال ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه موجودا
من حين العقد الى حين المحل حتى لو كان منقطعا عند العقد موجودا عند المحل او على العكس
او منقطعا فيما بين ذلك لا يجوز وقال الشافعي يجوز اذا كان موجودا وقت المحل لوجود
القدرة على التسليم حال وجوبه ولنا قوله عليه السلام لا تسلفوا في الثمار حتى يبدو صلاحها
ولان القدرة على التسليم بالتحصيل فلا بد من استمرار الوجود في مدة الاجل ليتمكن من
التحصيل بعد المحل ولو انقطع بعد المحل فرب السلم بالخيار وان شاء فسخ السلم وان شاء
انتظر وجوده لان السلم قد صح والعجز الطارئ على شرف الزوال فصار كاباق المبيع قبل
القبض قال ويجوز السلم في السمك المالح وزنا معلوما وضربا معلوما لانه معلوم
القدر مضبوط الوصف مقدور التسليم وهو غير منقطع ولا يجوز السلم عددا للتفاوت
ولا خير في السلم في السمك الطري الا في حينه وزنا معلوما لانه ينقطع في زمان الشتاء
حتى لو كان في بلد لا ينقطع يجوز مطلقا وانما يجوز وزنا لا عددا لما ذكرنا وعن ابي حنيفة
انه لا يجوز في لحم الكبار منها وهي التي تقطع اعتبارا بالسلم في اللحم عنده قال ولا يجوز السلم
في اللحم عند ابي حنيفة وقالا اذا وصف من اللحم موضعا معلوما بصفة معلومة جاز لانه
موزون مضبوط الوصف ولهذا يضمن بالمثل ويجوز استقراضه وزنا ويجري فيه ربوا الفضل
بخلاف لحم الطيور لانه لا يمكن وصف موضع منه وله انه مجهول للتفاوت في قلة العظم

وكثرته او في سمنه وهزاله وهذه الجهالة مفضية الى المنازعة وفي مخلوع العظم لا يجوز
على الوجه الثاني وهو الاصح والتضمين بالمثل ممنوع وكذا الاستقراض وبعد التسليم
فالمثل اعدل من القيمة ولان القبض يعاين فيعرف مثل المقبوض به في وقته اما الوصف
فلا يكتفى به قال ولا يجوز السلم الا مؤجلا وقال الشافعي يجوز حالا لاطلاق الحديث
ورخص في السلم ولنا قوله عليه السلام الى اجل معلوم فيما رويناه ولانه شرع رخصة
دفعا لحاجة المفاليس فلا بد من الاجل ليقدر على التحصيل فيه فيسلم ولو كان قادرا على
التسليم لم يوجد المرخص فبقي على النافي قال ولا يجوز الا باجل معلوم لما روينا
ولان الجهالة فيه مفضية الى المنازعة كما في البيع والاجل ادناه شهر وقيل ثلاثة ايام
وقيل اكثر من نصف يوم والاول اصح ولا يجوز السلم بمكيال رجل بعينه ولا بذراع
رجل بعينه معناه اذا لم يعرف مقداره لانه يتاخر فيه التسليم فربما يضيع فيؤدي الى
المنازعة وقد مر من قبل ولا بد ان يكون المكيال مما لا ينقبض ولا ينبسط كالقصاع
مثلا فان كان مما ينكبس بالكبس كالزنبيل والجراب لا يجوز للمنازعة الا في قرب الماء
للتعامل كذا عن ابي يوسف قال ولا في طعام قرية بعينها او ثمرة نخلة بعينها
لانه قد يعتريه آفة فلا قدرة على التسليم واليه اشار عليه السلام حيث قال
ارايت لو اذهب الله الثمرة بم يستحل احدكم مال اخيه ولو كانت النسبة الى قرية لبيان
الصفة لا باس به على ما قالوا كالخشمراني ببخارى والبساخي بفرغانة قال ولا
يصح السلم عند ابي حنيفة الا بسبع شرائط جنس معلوم كقولنا حنطة او شعير و
نوع معلوم كقولنا سقية او بخسية وصفة معلومة كقولنا جيد او رديء ومقدار
معلوم كقولنا كذا كيلا بمكيال معروف او كذا وزنا واجل معلوم والاصل فيه
ما رويناه والفقه ما بينا ومعرفة مقدار راس المال اذا كان يتعلق العقد
على مقداره كالمكيل والموزون والمعدود وتسمية المكان الذي يوفيه فيه
اذا كان له حمل ومؤنة وقالا لا يحتاج الى تسمية راس المال اذا كان معينا
ولا الى مكان التسليم ويسلمه في موضع العقد فهاتان مسالتان ولهما
في الاولى ان المقصود يحصل بالاشارة فاشبه الثمن والاجرة وصار كالثوب وله
انه ربما يوجد بعضها زيوفا ولا يستبدل في المجلس فلو لم يعلم قدره لا يدري
في كم بقي او ربما لا يقدر على تحصيل المسلم فيه فيحتاج الى رد راس المال والموهوم في
هذا العقد كالمتحقق لشرعه مع المنافي بخلاف ما اذا كان راس المال ثوبا لان الذرع
وصف فيه لا يتعلق العقد على مقداره ومن فروعه اذا اسلم في جنسين ولم يبين
راس مال كل واحد او اسلم جنسين ولم يبين مقدار احدهما ولهما في الثانية

ان مكان العقد يتعين لوجود العقد الموجب للتسليم فيه ولانه لا تزاحمه مكان آخر
فيه فيصير نظير اول اوقات الامكان في الاوامر وصار كالقرض والغصب ولابي حنيفة
ان التسليم غير واجب في الحال فلا يتعين بخلاف القرض والغصب واذا لم يتعين
فالجهالة فيه مفضية الى المنازعة لان قيم الاشيا تختلف باختلاف المكان فلا بد
من البيان وصار كجهالة الصفة وعن هذا قال من قال من المشايخ ان الاختلاف
فيه عنده يوجب التحالف كما في الصفة وقيل على عكسه لان تعيين المكان قضية العقد
عندهما وعلى هذا الخلاف الثمن والاجرة والقسمة وصورتها اذا اقتسما دارا وجعلا مع
نصيب احدهما شيا له حمل ومؤنة وقيل لا يشترط ذلك في الثمن والصحيح انه يشترط
اذا كان مؤجلا وهو اختيار شمس الائمة السرخسي وعندهما يتعين مكان الدار ومكان
تسليم الدابة للايفاء قال وما لم يكن له حمل ومؤنة لا يحتاج فيه الى بيان مكان
الايفاء بالاجماع لانه لا تختلف قيمته ويوفيه في المكان الذي اسلم فيه قال العبد الضعيف
وهذه رواية الجامع الصغير والبيوع وذكر في الاجارات يوفيه في اي مكان شاء وهو الاصح
لان الاماكن كلها سواء اذ لا وجوب في الحال ولو عين مكانا قيل لا يتعين لانه لا يفيد وقيل
يتعين لانه يفيد سقوط خطر الطريق ولو عين المصر فيما له حمل ومؤنة يكتفى به لانه مع
تباين اطرافه كبقعة واحدة فيما ذكرنا قال ولا يصح السلم حتى يقبض راس المال
قبل ان يفارقه فيه اما اذا كان من النقود فلانه افتراق عن دين بدين وقد نهى النبي صلعم
عن الكالي بالكالي وان كان عينا فلان السلم اخذ عاجل باجل اذ الاسلام والاسلاف
ينبئان عن التعجيل فلا بد من قبض احد العوضين ليتحقق معنى الاسم ولانه لا بد
من تسليم راس المال ليتقلب المسلم اليه فيه فيقدر على التسليم ولهذا قلنا لا يصح
السلم اذا كان فيه خيار الشرط لهما او لاحدهما لانه يمنع تمام القبض لكونه مانعا من
الانعقاد في حق الحكم وكذا لا يثبت فيه خيار الرؤية لانه غير مفيد بخلاف خيار العيب
لانه لا يمنع تمام القبض ولو اسقط خيار الشرط قبل الافتراق في المجلس وراس المال
باق جاز خلافا لزفر رحمه الله وقد مر نظيره وجملة الشروط جمعوها في قولهم اعلام
راس المال وتعجيله واعلام المسلم فيه وتاجيله وبيان مكان الايفاء والقدرة
على تحصيله فان اسلم مائتي درهم في كر حنطة مائة منها دين على المسلم اليه ومائة نقد
فالسلم في حصة الدين باطل لفوات القبض ولا يشيع الفساد لان الفساد طارئ اذ
السلم وقع صحيحا ولهذا لو نقد راس المال قبل الافتراق لما بينا وهذا لان الدين لا يتعين
في البيع الا ترى انهما لو تبايعا عينا بدين ثم تصادقا ان لا دين لا يبطل البيع فينعقد
صحيحا قال ولا يجوز التصرف في راس مال السلم والمسلم فيه قبل القبض اما الاول

فلما

فلما فيه من تفويت القبض المستحق بالعقد اما الثاني فلان المسلم فيه مبيع والتصرف
في المبيع قبل القبض لا يجوز ولا يجوز الشركة والتولية في المسلم فيه لانه تصرف فيه فان تقايلا
السلم لم يكن له ان يشتري من المسلم اليه براس المال شيا حتى يقبضه كله لقوله عليه السلام
لا تاخذ الا سلمك او راس مالك اي عند الفسخ ولانه اخذ شبها بالمبيع فلا يحل التصرف
فيه قبل قبضه وهذا لان الاقالة بيع جديد في حق ثالث ولا يمكن جعل المسلم فيه مبيعا
لانه دين مثله لا انه لا يجب قبضه في المجلس لانه ليس في حكم الابتداء من كل وجه وفيه خلاف
زفر والحجة عليه ما ذكرناه قال ومن اسلم في كر فلما حل الاجل اشترى المسلم اليه من رجل
كرا وامر رب السلم بقبضه قضاء لم يكن قضاء وان امره ان يقبضه له ثم يقبضه لنفسه
فاكتاله له ثم اكتاله لنفسه جاز لانه اجتمعت الصفقتان بشرط الكيل فلا بد من الكيل مرتين
لنهي النبي عليه السلام عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان وهذا هو محمل الحديث على
ما مر والسلم وان كان سابقا لكن قبض المسلم فيه لاحق وانه بمنزلة ابتداء البيع لان العين
غير الدين حقيقة وان جعل عينه في حق حكم خاص وهو حرمة الاستبدال فيتحقق البيع بعد الشراء
وان لم يكن سلما وكان قرضا فامر بقبض الكر جاز لان القرض اعارة ولهذا ينعقد بلفظه
وكان المردود عين الماخوذ مطلقا حكما فلا تجتمع الصفقتان قال ومن اسلم في كر فامر
رب السلم ان يكيله المسلم اليه في غرائر رب السلم ففعل وهو غائب لم يكن قضاء لان الامر
بالكيل لم يصح لانه لم يصادف ملك الآمر لان حقه في الدين دون العين فصار المسلم اليه
مستعيرا للغرائر منه وقد جعل ملك نفسه فيها فصار كما لو كان عليه دراهم دين فدفع
اليه كيسا ليزنها المديون فيه لم يكن قابضا ولو كان الحنطة مشتراة والمسئلة بحالها صار
قابضا لان الامر قد صح حيث صادف ملكه لانه ملك العين بالبيع الا ترى انه لو امره بالطحن
كان الطحين في السلم للمسلم اليه وفي الشراء للمشتري لصحة الامر وكذا اذا امره ان يصبه في البحر
في السلم هلك من مال المسلم اليه وفي الشراء من مال المشتري ويتقرر عليه الثمن لما قلنا وهنا
يكتفى بذلك الكيل في الشراء في الصحيح لانه نائب عنه في الكيل والقبض بالوقوع في غرائر المشتري
ولو امره في الشراء ان يكيله في غرائر البائع ففعل لم يصر قابضا لانه استعار غرائره ولم يقبضها
فلا يصير الغرائر في يده وكذا ما يقع فيها فصار كما لو امره ان يكيله ويعزله في ناحية من بيت البائع
لان البيت بنواحيه في يده فلم يصر المشتري قابضا ولو اجتمع الدين والعين والغرائر للمشتري ان
بدا بالعين صار قابضا اما العين فلصحة الامر فيه واما الدين فلاتصاله بملكه وبمثله يصير قابضا
كمن استقرض حنطة وامره ان يزرعها في ارضه وكمن دفع الى صائغ خاتما وامره ان يزيده من عنده
نصف دينار وان بدا بالدين لم يصر قابضا اما الدين فلعدم صحة الامر واما العين فلانه خلطه
بملكه قبل التسليم فصار مستهلكا عند ابي حنيفة فينتقض البيع وهذا الخلط غير مرضي به من جهته

لجواز ان يكون مراده البداية بالعين وعندهما هو بالخيار ان شا نقض البيع وان شاء
شاركه في المخلوط لان الخلط ليس باستهلاك عندهما قال ومن اسلم جارية في كر حنطة
وقبضها المسلم اليه ثم تقايلا فماتت في يد المشتري فعليه قيمتها يوم قبضها ولو تقايلا بعد هلاك
الجارية جاز لان صحة الاقالة يعتمد بقاء العقد وذلك بقيام المعقود عليه وفي السلم المعقود
عليه انما هو المسلم فيه فتصح الاقالة حال بقائه واذا جاز ابتداء اولى ان يبقى انتهاء لان البقاء
اسهل واذا انفسخ العقد في المسلم فيه انفسخ في الجارية تبعا فيجب عليه ردها وقد عجز فيجب رد
قيمتها ولو اشترى جارية بالف ثم تقايلا فماتت في يد المشتري بطلت الاقالة ولو تقايلا بعد موتها
فالاقالة باطلة لان المعقود عليه في البيع انما هو الجارية فلا يبقى العقد بعد هلاكها فلا تقع
الاقالة ابتداء ولا تبقى انتهاء لانعدام محله وهذا بخلاف بيع المقايضة حيث تصح الاقالة وتبقى
بعد هلاك احد العوضين لان كل واحد منهما مبيع فيه قال ومن اسلم الى رجل دراهم في كر
حنطة فقال المسلم اليه شرطت رديا وقال رب السلم لم تشترط شيئا فالقول قول المسلم
لان رب السلم متعنت في انكاره الصحة لان المسلم فيه يربو على راس المال في العادة وفي عكسه
قالوا يجب ان يكون القول لرب السلم عندهما لانه يدعي الصحة فان كان صاحبه منكرا وعنده
القول للمسلم اليه لانه منكر وان انكر الصحة وسنقرره من بعد ان شاء الله ولو قال المسلم اليه
لم يكن له اجل وقال رب السلم بل كان له اجل فالقول قول رب السلم لان المسلم اليه متعنت
في انكاره حقا له وهو الاجل والفساد لعدم الاجل غير متيقن لمكان الاجتهاد فلا يعتبر
النفع في رد راس المال بخلاف عدم الوصف وفي عكسه القول لرب السلم عندهما لانه ينكر حقا
عليه فيكون القول قوله وان انكر الصحة كرب المال اذا قال للمضارب شرطت لك نصف
الربح وزيادة عشرة وقال المضارب لا بل شرطت لي نصف الربح فالقول لرب المال لانه ينكر
استحقاق الربح وان انكر الصحة وعند ابي حنيفة القول للمسلم اليه لانه يدعي الصحة وقد اتفقا
على عقد واحد فكانا متفقين على الصحة ظاهرا بخلاف مسألة المضاربة لانه ليس بلازم فلم يعتبر
الاختلاف فيه فيبقى مجرد دعوى استحقاق الربح اما السلم لازم فصار الاصل ان من
خرج كلامه تعنتا فالقول لصاحبه بالاتفاق وان خرج خصومة ووقع الاتفاق
على عقد واحد فالقول لمدعي الصحة عنده وعندهما للمنكر وان انكر الصحة قال
ويجوز السلم في الثياب اذا بين طولا وعرضا ورقعة لانه اسلم في معلوم مقدور التسليم
على ما ذكرنا وان كان ثوب حرير لا بد من بيان وزنه ايضا لانه مقصود فيه ولا يجوز
السلم في الجواهر ولا في الخرز لان احادها يتفاوت فاحشا وفي صغار اللؤلؤ التي تباع
وزنا يجوز السلم لانه مما يعلم بالوزن ولا باس بالسلم في اللبن والآجر اذا سمى ملبنا معلوما
لانه عددي متقارب لا سيما اذا سمى الملبن قال وكلما امكن ضبط صفته ومعرفة

مقداره

مقداره جاز السلم فيه لانه لا يفضي الى المنازعة وما لا يضبط صفته ولا يعرف مقداره
لا يجوز السلم فيه لانه دين وبدون الوصف يبقى مجهولا جهالة تفضي الى المنازعة ولا
باس بالسلم في طست او قمقمة او خفين او نحو ذلك اذا كان يعرف لاجتماع شرائط السلم
واذا كان لا يعرف فلا خير فيه لانه دين مجهول قال واذا استصنع شيئا من ذلك بغير
اجل جاز استحسانا للاجماع الثابت بالتعامل وفي القياس لا يجوز لانه بيع المعدوم
والصحيح انه يجوز بيعا لا عدة والمعدوم قد يعتبر موجودا حكما والمعقود عليه العين
دون العمل حتى لو جاء به مفروغا عنه لا من صنعته او من صنعته قبل العقد فاخذه جاز ولا
يتعين الا بالاختيار حتى لو باعه الصانع قبل ان يراه المستصنع جاز وهذا كله هو الصحيح
قال وهو بالخيار ان شاء اخذه وان شاء تركه لانه اشترى شيئا لم يره ولا خيار
للصانع كذا ذكره في المبسوط وهو الاصح وعن ابي حنيفة ان له الخيار ايضا لانه لا يمكنه
تسليم المعقود عليه الا بضرر وهو قطع الصرم وغيره وعن ابي يوسف انه لا خيار لهما لانه
لا يمكنه تسليم المعقود عليهما اما الصانع فلما ذكرنا واما المستصنع فلان في اثبات الخيار
له اضرارا بالصانع لانه لا يشتريه غيره بمثله ولا يجوز فيما لا تعامل فيه كالثياب لعدم المجوز
وفيما فيه تعامل كالثياب انما يجوز اذا امكن اعلامه بالوصف ليمكن التسليم وانما
قال بغير اجل لانه لو ضرب الاجل فيما فيه تعامل يصير سلما عند ابي حنيفة خلافا لهما ولو ضربه
فيما لا تعامل فيه يصير سلما بالاتفاق لهما ان اللفظ حقيقة للاستصناع فيحافظ على
قضيته ويحمل الاجل على التعجيل بخلاف ما لا تعامل فيه لانه استصناع فاسد فيحمل على السلم
الصحيح ولابي حنيفة انه دين يحتمل السلم وجواز السلم باجماع لا شبهة فيه وفي تعامل
الاستصناع نوع شبهة فكان الحمل على السلم اولى مسائل منثورة قال ويجوز بيع
الكلب والفهد والسباع المعلم وغير المعلم في ذلك سواء وعن ابي يوسف انه لا يجوز بيع
الكلب العقور لانه غير منتفع به وقال الشافعي لا يجوز بيع الكلب لقوله عليه السلام
ان من السحت مهر البغي وثمن الكلب ولانه نجس العين والنجاسة تشعر بهوان المحل وجواز البيع
باعزازه وكان منتفيا ولنا انه عليه السلام نهى عن بيع الكلب الا كلب صيد او ماشية
ولانه منتفع به حراسة واصطيادا فكان مالا فيجوز بيعه بخلاف الهوام المؤذية لانه لا ينتفع
بها والحديث محمول على الابتداء قلعا لهم عن الاقتناء ولا نسلم نجاسة العين ولو سلم فيحرم
التناول دون البيع قال ولا يجوز بيع الخمر والخنزير لقوله عليه السلام ان الذي
حرم شربها حرم بيعها واكل ثمنها ولانه ليس بمال في حقنا وقد ذكرناه قال واهل الذمة
في المبايعات كالمسلمين لقوله عليه السلام في ذلك الحديث فاعلمهم ان لهم ما للمسلمين
وعليهم ما على المسلمين ولانهم مكلفون محتاجون كالمسلمين قال الا في الخمر والخنزير

جاز فان عقدهم على الخمر كعقد المسلم على العصير وعقدهم على الخنزير كعقد المسلم على
الشاة لانها اموال في اعتقادهم ونحن امرنا بان نتركهم وما يعتقدون دل عليه قول عمر رضي الله عنه
ولوهم بيعها وخذوا العشر من اثمانها قال ومن قال لغيره بع عبدك من فلان بالف درهم
على اني ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الالف فهو جائز ويأخذ الالف من المشتري والخمسمائة
من الضامن وان كان لم يقل من الثمن جاز البيع بالف ولا شي على الضمين واصله ان الزيادة
في الثمن والمثمن جائز عندنا وتلتحق باصل العقد خلافا لزفر والشافعي لانه تغيير للعقد
من وصف مشروع الى وصف مشروع وهو كونه عدلا او خاسرا او رابحا ثم قد لا يستفيد
المشتري بها شيئا بان زاد في الثمن وهو يساوي المبيع بدونها فيصح اشتراطها على الاجنبي
كبدل الخلع لكن من شرطها المقابلة تسمية وصورة فاذا قال من الثمن وجد شرطها فيصح واذا
لم يقل لم يوجد فلم يصح قال ومن اشترى جارية ولم يقبضها حتى زوجها فوطئها الزوج
فالنكاح جائز لوجود سبب الولاية وهو الملك في الرقبة على الكمال وهذا قبض لان وطء الزوج
حصل بتسليط من جهته فصار فعله كفعله وان لم يطأها فليس بقبض والقياس ان يصير
قابضا لانه تعيب حكمي فيعتبر بالتعيب الحقيقي وجه الاستحسان ان في الحقيقي استيلاء على المحل
وبه يصير قابضا ولا كذلك الحكمي فافترقا قال ومن اشترى عبدا فغاب فاقام البائع
البينة انه باعه اياه فان كانت غيبته معروفة لم يبع في دين البائع لانه يمكن ايصال البائع
الى حقه بدون البيع وفيه ابطال حق المشتري وان لم يدر اين هو بيع العبد واوفي الثمن لان
ملك المشتري ظهر باقراره فيظهر على الوجه الذي اقر به مشغولا بحقه واذا تعذر استيفاؤه
يبيعه القاضي فيه كالراهن اذا مات والمشتري اذا مات مفلسا والمبيع لم يقبض لان حقه
لم يبق متعلقا به ثم ان فضل شي يمسك للمشتري لانه بدل حقه وان نقص يتبع ايضا فان كان
المشتري اثنين فغاب احدهما فللحاضر ان يدفع الثمن كله ويقبضه فاذا حضر الاخر لم يأخذ
نصيبه حتى ينقد شريكه الثمن وهذا قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف اذا دفع الحاضر
الثمن كله لم يقبض الا نصيبه وكان متطوعا بما ادى عن صاحبه فلا يقتضيه ولهما انه مضطر
لانه لا يمكنه الانتفاع بنصيبه الا باداء جميع الثمن لان البيع صفقة واحدة وله حق الحبس
ما بقي شي منه والمضطر يرجع كمعير الرهن واذا كان له ان يرجع عليه كان له الحبس عنه الى ان يستوفي
حقه كالوكيل بالشراء اذا قضى الثمن من مال نفسه قال ومن اشترى جارية بالف
مثقال ذهب وفضة فهما نصفان لانه اضاف المثقال اليهما على السواء فيجب من كل واحد
خمسمائة مثقال بعدم الاولوية وبمثله لو اشترى جارية بالف من الذهب والفضة يجب
من الذهب مثاقيل ومن الفضة دراهم وزن سبعة لانه اضاف الالف اليهما فينصرف الى
الوزن المعهود في كل واحد منهما قال ومن له على اخر عشرة دراهم جياد فقضاه

زيوفا وهو لا يعلم فانفقها او هلكت فهو قضاء عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف
يرد مثل زيوفه ويرجع بدراهمه لان حقه في الوصف مرعي كما في الاصل ولا يمكن رعايته
بايجاب ضمان الوصف لانه لا قيمة له عند المقابلة بجنسه فوجب المصير الى ما قلنا ولهما
انه من جنس حقه حتى لو تجوز به فيما لا يجوز الاستبدال جاز فيقع به الاستيفاء ولا يبقى
حقه الا في الجودة ولا يمكن تداركها بايجاب ضمان الوصف لما ذكرنا وكذا بايجاب ضمان الاصل
لانه ايجاب له عليه ولا نظير له واذا افرخ طير في ارض رجل فهو لمن اخذه وكذا اذا باض فيها وكذا
اذا تكنس فيها ظبي لانه مباح سبقت يده اليه ولانه صيد وان كان يؤخذ بغير حيلة والصيد
لمن اخذه وكذا البيض اصل الصيد ولهذا يجب الجزاء على المحرم بكسره او شيه وصاحب الارض
لم يعد ارضه لذلك فصار كنصب شبكة للجفاف وكذا اذا دخل الصيد داره او وقع
ما نثر من السكر والدراهم في ثيابه ما لم يكفه او كان مستعدا له بخلاف ما اذا عسل
النحل في ارضه لانه عد من انزاله فيملكه تبعا لارضه كالشجر النابت فيه والتراب
المجتمع في ارضه بجريان الماء قال الصرف هو البيع اذا
كان كل واحد من العوضين من جنس الاثمان سمي به للحاجة الى النقل في بدليه من يد الى يد
والصرف هو النقل والرد لغة او لانه لا يطلب منه الا الزيادة اذ لا ينتفع بعينه والصرف
هو الزيادة لغة كذا قاله الخليل ومنه سميت العبادة النافلة صرفا قال فان
باع فضة بفضة او ذهبا بذهب لا يجوز الا مثلا بمثل وان اختلفا في الجودة و
الصياغة لقوله عليه السلام الذهب بالذهب مثلا بمثل وزنا بوزن يدا بيد والفضل
ربوا الحديث وقال عليه السلام جيدها ورديها سواء وقد ذكرناه في البيوع قال ولا بد
من قبض العوضين قبل الافتراق لما روينا ولقول عمر رضي الله عنه وان استنظرك
ان يدخل بيته فلا تنظره ولانه لا بد من قبض احدهما ليخرج العقد عن الكالي بالكالي
ثم لا بد من قبض الاخر فوجب قبضهما سوا كانا يتعينان كالمصوغ ليتحقق المساواة
فلا يتحقق الربوا ولان احدهما ليس باولى من الاخر فوجب قبضهما سواء كانا يتعينان
او لا يتعينان كالمضروب او يتعين احدهما ولا يتعين الاخر لاطلاق ما روينا ولانه
ان كان يتعين ففيه شبهة عدم التعين لكونه ثمنا خلقة فيشترط قبضه اعتبارا
للشبهة في الربوا والمراد منه الافتراق بالابدان حتى لو ذهبا عن المجلس يمشيان معا في
جهة واحدة او ناما في المجلس او اغمي عليهما لا يبطل الصرف لقول ابن عمر رضي الله عنه وان
وثب من سطح فثب معه وكذا المعتبر ما ذكرنا في قبض راس مال السلم بخلاف خيار
المجلس لانه يبطل بالاعراض وان باع الذهب بالفضة جاز التفاضل لعدم المجانسة
ووجب التقابض لقوله عليه السلام الذهب بالورق ربوا الا هاء وهاء وان افترقا

في الصرف قبل قبض العوضين او احدهما بطل العقد لفوات الشرط وهو القبض ولهذا لا يصح
شرط الخيار فيه ولا الاجل لان باحدهما لا يبقى القبض مستحقا وبالثاني يفوت القبض المستحق
الا اذا اسقط الخيار في المجلس فيعود الى الجواز لارتفاعه قبل تقرره ولا يجوز التصرف
في ثمن الصرف قبل قبضه حتى لو باع دينارا بعشرة دراهم ولم يقبض العشرة حتى اشترى
بها ثوبا فالبيع في الثوب فاسد لان القبض مستحق بالعقد حقا لله تعالى وفي تجويزه فواته
وكان ينبغي ان يجوز في الثوب كما نقل عن زفر لان الدراهم لا تتعين فينصرف العقد الى
مطلقها ولكنا نقول الثمن في باب الصرف مبيع لان البيع لا بد له منه ولا شيء سوى الثمنين
فيجعل كل واحد منهما مبيعا لعدم الاولوية وبيع المبيع قبل القبض لا يجوز وليس من ضرورة
كونه مبيعا ان يكون متعينا كما في المسلم فيه ويجوز بيع الذهب بالفضة مجازفة لان
المساواة غير مشروطة فيه لكن يشترط القبض في المجلس لما ذكرنا بخلاف بيعه بجنسه مجازفة
لما فيه من احتمال الربوا قال ومن باع جارية قيمتها الف مثقال فضة وفي عنقها طوق
فضة وزنه الف مثقال بالفي مثقال فضة ونقد من الثمن الف مثقال ثم افترقا فالذي نقد
ثمن الفضة لان قبض حصة الطوق واجب في المجلس والظاهر منه الاتيان بالواجب وكذا
لو اشتراها بالفي مثقال الف نسيئة والف نقد فالنقد ثمن الطوق لان الاجل باطل في الصرف
جائز في بيع الجارية والمباشرة على وجه الجواز هو الظاهر منهما وكذلك لو باع سيفا محلى بمائة
درهم وحليته خمسون ودفع من الثمن خمسين جاز البيع وكان المقبوض حصة الفضة وان لم
يبين ذلك لما بينا وكذلك ان قال خذ هذه الخمسين من ثمنهما لان الاثنين قد يراد بذكرهما
الواحد قال الله تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان والمراد احدهما فيحمل عليه لظاهر حاله فان
لم يتقابضا حتى افترقا بطل العقد في الحلية لانه صرف فيه وكذا في السيف ان كان لا يتخلص
الا بضرر لانه لا يمكن تسليمه بدون الضرر ولهذا لا يجوز افراده بالبيع كالجذع في السقف
وان كان يتخلص بغير ضرر جاز البيع في السيف وبطل في الحلية لانه امكن افراده بالبيع
فصار كالطوق والجارية وهذا اذا كانت الفضة المفردة ازيد مما فيه فان كانت مثله
او اقل منه او لا يدري لا يجوز البيع للربوا او لاحتماله وجهة الفساد من وجهين فترجح
قال ومن باع اناء فضة ثم افترقا وقد قبض بعض ثمنه بطل البيع فيما لم يقبض وصح
فيما قبض وكان الاناء مشتركا بينهما لانه صرف كله فصح فيما وجد شرطه وبطل فيما لم يوجد
والفساد طارئ لانه يصح ثم يبطل بالافتراق فلا يشيع ولو استحق بعض الاناء فالمشتري
بالخيار ان شاء اخذ الباقي بحصته وان شاء رد لان الشركة عيب في الاناء وان باع قطعة نقرة
ثم استحق بعضها اخذ ما بقي بحصتها ولا خيار له لانه لا يضره التبعيض قال ومن باع
درهمين ودينارا بدرهم ودينارين جاز البيع وجعل كل جنس بخلافه وقال زفر و

لا يجوز وعلى هذا الخلاف اذا باع كر حنطة وكر شعير بكري حنطة وكري شعير لهما ان في الصرف
الى خلاف الجنس تغيير تصرفه لانه قابل الجملة بالجملة ومن قضيته الانقسام على الشيوع لا على
التعيين والتغيير لا يجوز وان كان فيه تصحيح التصرف كما اذا اشترى قلبا بعشرة وثوبا
بعشرة ثم باعهما مرابحة لا يجوز وان امكن صرف الربح الى الثوب وكذا اذا اشترى عبدا
بالف ثم باعه قبل نقد الثمن من البائع بعبده وعبد غيره وقال بعتك احدهما لا يجوز
وان امكن تصحيحه بصرفه الى عبده وكذا اذا باع درهما وثوبا بدرهم وثوب ثم افترقا
من غير قبض فسد العقد في الدرهمين ولا يصرف الى الثوب لما ذكرنا ولنا ان المقابلة
المطلقة تحتمل مقابلة الفرد بالفرد كما في الدرهم الجنس بالجنس وانه طريق متعين لتصحيح
فيحمل عليه وفيه تغيير وصفه لا اصله لانه يبقى موجبه الاصلي وهو ثبوت الملك في الكل بمقابلة
الكل فصار هذا كما اذا باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره ينصرف الى نصيبه تصحيحا
لتصرفه بخلاف مسئلة المرابحة لانه يصير تولية في القلب بصرف الربح كله الى الثوب والطريق
في المسئلة الثانية غير متعين لانه يمكن صرف الزيادة على الالف الى المشتري وفي مسئلة الكر
اضيف البيع الى المنكر وهو ليس بمحل للبيع والمعين ضده وفي الاخيرة العقد انعقد صحيحا
والفساد في حالة البقاء وكلامنا في الابتداء قال ومن باع احد عشر درهما بعشرة دراهم
ودينار جاز البيع ويكون العشرة بمثلها والدينار بدرهم لان شرط البيع في الدراهم التماثل
على ما روينا فالظاهر انه اراد به ذلك فبقي الدرهم بالدينار وهما جنسان لا يعتبر
التساوي فيهما ولو تبايعا فضة بفضة او ذهبا بذهب ومع اقلهما شيء اخر تبلغ قيمته
باقي الفضة جاز البيع من غير كراهة وان لم تبلغ فمع الكراهة وان لم يكن له قيمة كالتراب
لا يجوز البيع لتحقق الربوا اذ الزيادة لا يقابلها عوض ومن كان له على اخر عشرة دراهم
فباعه الذي عليه العشرة دينارا بعشرة دراهم ودفع الدينار وتقاصا العشرة بالعشرة
فهو جائز ومعنى المسئلة اذا باع بعشرة مطلقة ووجهه انه يجب بهذا العقد ثمن يجب
تعيينه بالقبض كما ذكرنا والدين ليس بهذه الصفة فلا تقع المقاصة بنفس العقد لعدم المجانسة
فاذا تقاصا يتضمن ذلك فسخ الاول والاضافة الى الدين تقع المقاصة بنفس العقد على
ما نبينه ان شاء الله تعالى والفسخ قد يثبت بطريق الاقتضاء كما اذا تبايعا بالف ثم بالف
وخمسمائة وزفر يخالفنا فيه لانه لا يقول بالاقتضاء وهذا اذا كان الدين سابقا وان كان
لاحقا فكذلك في اصح الروايتين لتضمنه انفساخ الاول والاضافة الى دين قائم وقت
تحويل العقد فكفى ذلك للجواز قال ويجوز بيع درهم صحيح ودرهمين غلة بدرهمين
صحيحين ودرهم غلة والغلة ما يرده بيت المال وياخذه التجار ووجهه تحقق المساواة
في الوزن وما عرف من سقوط اعتبار الجودة قال واذا كان الغالب على الدراهم الفضة

فهي فضة ويعتبر فيها من تحريم التفاضل ما يعتبر في الجياد حتى لا يجوز بيع الخالصة بها
ولا بيع بعضها ببعض الا متساويا في الوزن وكذا لا يجوز الاستقراض بها الا وزنا
لان النقود لا تخلو عن قليل غش عادة لانها لا تنطبع الا مع الغش وقد يكون الغش
خلقيا كما في الردي منه فيلحق القليل بالرداءة والجيد والردي سواء فان كان الغالب
عليها الغش فليسا في حكم الدراهم والدنانير اعتبارا للغالب فان اشترى بها فضة
خالصة فهو على الوجوه التي ذكرناها في حلية السيف وان بيعت بجنسها متفاضلا جاز
صرفا للجنس الى خلاف الجنس وهي في حكم شيئين فضة وصفر ولكنه صرف حتى يشترط القبض
في المجلس لوجود الفضة من الجانبين واذا شرط القبض في الفضة يشترط في الصفر لانه لا
يتميز عنه الا بضرر قال رضي الله عنه ومشايخنا لم يفتوا بجواز ذلك في العدالي والغطارفة
لانها اعز الاموال في ديارنا فلو ابيح التفاضل فيه ينفتح باب الربوا ثم ان كانت تروج بالوزن
فالتبايع والاستقراض فيها بالوزن وان كانت تروج بالعد فبالعد وان كانت بهما
فبكل واحد منهما لان المعتبر هو المعتاد فيهما اذا لم يكن فيها نص ثم هي ما دامت تروج تكون
اثمانا لا يتعين بالتعيين واذا كانت لا تروج فهي سلعة تتعين بالتعيين وان كان يتقبلها
البعض دون البعض فهي كالزيوف لا يتعلق العقد بعينها بل بجنسها زيوفا ان كان البائع
يعلم بحالها لتحقق الرضا منه وبجنسها من الجياد وان كان لا يعلم لعدم الرضا وان اشترى
بها سلعة ثم كسدت وترك الناس المعاملة بها بطل البيع عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف
عليه قيمتها يوم البيع وقال محمد قيمتها اخر ما تعامل الناس بها لهما ان العقد قد
صح الا انه تعذر التسليم بالكساد وانه لا يوجب الفساد فصار كما اذا اشترى بالرطب
فانقطع واذا بقي العقد يجب القيمة لكن عند ابي يوسف وقت البيع لانه مضمون به
وعند محمد يوم الانقطاع لانه اوان الانتقال الى القيمة ولابي حنيفة ان الثمن يهلك
بالكساد لان الثمنية بالاصطلاح وما بقي فيبقى بيعا بلا ثمن فيبطل فاذا بطل البيع
يجب رد المبيع ان كان قائما وقيمته ان كان هالكا كما في البيع الفاسد قال ويجوز
البيع بالفلوس لانه مال معلوم فان كانت نافقة جاز البيع وان لم يعين لانها
اثمان بالاصطلاح وان كانت كاسدة لم يجز البيع بها حتى يعينها لانها سلع فلا بد
من تعيينها واذا باع بالفلوس النافقة ثم كسدت بطل البيع عند ابي حنيفة خلافا
لهما وهو نظير الذي بيناه ولو استقرض فلوسا فكسدت فعند ابي حنيفة عليه مثلها
لانه اعارة وموجبه رد العين معنى والثمنية فضل فيه اذ القرض لا يختص به وعندهما
يجب قيمتها كما اذا استقرض مثليا فانقطع لكن عند ابي يوسف يوم القبض وعند محمد
يوم الكساد على ما مر من قبل واصل الاختلاف فيمن غصب مثليا فانقطع وقول محمد انظر

وقوله

وقول ابي يوسف ايسر قال ومن اشترى شيئا بنصف درهم فلوس جاز وعليه
ما يباع بنصف درهم من الفلوس وكذا اذا قال بدانق فلوس او بقيراط فلوس جاز وقال
زفر رحمه الله لا يجوز في جميع ذلك لانه اشترى بالفلوس وانها تقدر بالعدد لا بالدانق
والدرهم فلا بد من بيان عددها ونحن نقول ما يباع بالدانق ونصف الدرهم من الفلوس
معلوم عند الناس والكلام فيه فاغنى عن بيان العدد ولو قال بدرهم فلوس او
بدرهمين فلوس فكذلك عند ابي يوسف لان ما يباع بالدرهم من الفلوس معلوم
وهو المراد لا وزن الدرهم من الفلوس وعند محمد انه لا يجوز ويجوز فيما دون الدرهم
لان في العادة المبايعة بالفلوس فيما دون الدرهم فصار معلوما بحكم العادة ولا
كذلك الدرهم قالوا وقول ابي يوسف اصح لا سيما في ديارنا قال ومن اعطى
صيرفيا درهما وقال اعطني بنصفه فلوسا وبنصفه نصفا الا حبة جاز البيع في الفلوس
وبطل فيما بقي عندهما لان بيع نصف درهم بالفلوس جائز وبيع النصف بنصف
الا حبة ربوا فلا يجوز وعلى قياس قول ابي حنيفة بطل في الكل لان الصفقة متحدة
والفساد قوي فيشيع وقد مر نظيره ولو كرر لفظ الاعطاء كان جوابه كجوابهما
لانهما بيعان ولو قال اعطني نصف درهم فلوسا ونصفه درهم الا حبة جاز لانه
قابل الدرهم بما يباع من الفلوس بنصف درهم وبنصف درهم الا حبة فيكون نصف
درهم الا حبة بمثله وما وراءه بازاء الفلوس قال رضي الله عنه وفي اكثر نسخ المختصر
ذكر المسئلة الثانية والله اعلم **كتاب الكفالة** الكفالة هي الضم لغة
قال تعالى وكفلها زكريا ثم قيل هي ضم الذمة الى الذمة في المطالبة وقيل في الدين
والاول اصح قال الكفالة ضربان كفالة بالنفس وكفالة بالمال فالكفالة
بالنفس جائزة والمضمون بها احضار المكفول به وقال الشافعي لا يجوز لانه كفل
بما لا يقدر على تسليمه اذ لا قدرة له على تسليم المكفول به بخلاف الكفالة بالمال
لان له ولاية على مال نفسه ولنا قوله عليه السلام الزعيم غارم وهذا يفيد
مشروعية الكفالة بنوعيه ولانه يقدر على تسليمه بطريقه بان يعلم الطالب مكانه
فيخلي بينه وبينه او يستعين باعوان القاضي والحاجة ماسة اليه وقد تحقق معنى
الكفالة وهو الضم في المطالبة وينعقد اذا قال تكفلت بنفس فلان او برقبته
او بروحه او بجسده او براسه وكذا ببدنه وبوجهه لان هذه الالفاظ يعبر بها
عن جميع البدن اما حقيقة او عرفا على ما مر في الطلاق وكذا اذا قال بنصفه او
بثلثه او بجزء منه لان النفس الواحدة في حق الكفالة لا تتجزى فكان ذكر بعضها شايعا
كذكر كلها بخلاف ما اذا قال تكفلت بيد فلان او برجله لانه لا يعبر بهما عن جميع البدن

اما حقيقة او عرفا على ما مر في الطلاق وكذا اذا قال بنصفه او بثلثه او بجزء منه لان النفس
الواحدة في حق الكفالة لا تتجزى فكان ذكر بعضها شايعا كذكر كلها حتى لا يصح اضافة الطلاق
اليهما وفيما تقدم يصح وكذا اذا قال ضمنته لانه تصريح بموجبه او قال علي لانه صيغة الالتزام
او قال الي لانه في معنى علي في هذا المقام قال عليه السلام ومن ترك مالا فلورثته ومن ترك
كلا او عيالا فالي وكذا اذا قال انا زعيم به او قبيل لان الزعامة هي الكفالة وقد ورد بها
فيه والقبيل هو الكفيل ولهذا سمي الصك قبالة بخلاف ما اذا قال انا ضامن لمعرفته
لانه التزم المعرفة دون المطالبة فان شرط في الكفالة تسليم المكفول به في وقت بعينه لزمه
احضاره اذا طالبه في ذلك الوقت وفاء بما التزمه فان احضره والا حبسه الحاكم لامتناعه
عن ايفاء حق مستحق عليه ولكن لا يحبسه اول مرة لعله ما درى لماذا يدعى ولو غاب المكفول
بنفسه امهله الحاكم مدة ذهابه ومجيئه فان مضت ولم يحضره يحبسه لتحقق امتناعه
عن ايفاء الحق قال واذا احضره وسلمه في مكان يقدر المكفول له ان يخاصمه فيه مثل
ان يكون في مصر برئ الكفيل من الكفالة لانه اتى بما التزمه وحصل المقصود به وهذا لانه
ما التزم التسليم الا مرة واذا كفل على ان يسلمه في مجلس القاضي فسلمه في السوق برئ
لحصول المقصود وقيل في زماننا لا يبرأ لان الظاهر المعاونة على الامتناع لا على الاحضار
فكان التقييد مفيدا وان سلمه في برية لم يبرأ لانه لا يقدر على المخاصمة فيها فلم يحصل المقصود
وكذا اذا سلمه في سواد لعدم قاض يفصل الاحكام فيه ولو سلمه في مصر آخر غير المصر الذي
كفل فيه برئ عند ابي حنيفة للقدرة على المخاصمة فيه وعندهما لا يبرأ لانه قد يكون شهوده
فيما عينه ولو سلمه في السجن وقد حبسه غير الطالب لا يبرأ لانه لا يقدر على المحاكمة فيه قال
واذا مات المكفول به برئ الكفيل بالنفس من الكفالة لانه عجز عن احضاره ولانه سقط
الحضور عن الاصيل فيسقط الاحضار عن الكفيل وكذا اذا مات الكفيل لانه لم
يبق قادرا على تسليم المكفول بنفسه وماله لا يصلح لايفاء هذا الواجب بخلاف
الكفيل بالمال ولو مات المكفول له فللوصي ان يطالب الكفيل فان لم يكن فلوارثه
لقيامه مقام الميت قال ومن كفل بنفس آخر ولم يقل اذا دفعت اليك
فانا برئ فدفعه اليه فهو برئ لانه موجب التصرف فيثبت بدون التنصيص عليه ولا
يشترط قبول الطالب التسليم كما في قضاء الدين ولو سلم اليه المكفول به نفسه من
كفالته صح لانه مطالب بالخصومة فكان له ولاية الدفع وكذا اذا سلمه اليه وكيل
الكفيل ورسوله لقيامهما مقامه قال فان تكفل بنفسه على انه ان لم يواف
به الى وقت كذا فهو ضامن لما عليه وهو الف فلم يحضره الى الوقت لزمه ضمان المال
لان الكفالة بالمال معلقة بشرط عدم الموافاة وهذا التعليق صحيح فاذا وجد الشرط

لزمه المال ولا يبرأ عن الكفالة بالنفس لان وجوب المال عليه بالكفالة لا ينافي الكفالة
اذ كل واحد منهما للتوثق وقال الشافعي لا يصح هذه الكفالة لانه تعليق سبب وجوب
المال بالخطر فاشبه البيع ولنا انه يشبه البيع ويشبه النذر من حيث انه
التزام فقلنا لا يصح تعليقه بمطلق الشرط كهبوب الريح ونحوه ويصح بشرط متعارف
عملا بالشبهين والتعليق بعدم الموافاة متعارف ومن كفل بنفس رجل وقال ان لم
يواف به غدا فعليه المال فان مات المكفول عنه ضمن المال لتحقق الشرط وهو عدم
الموافاة ومن ادعى على آخر مائة دينار وبينها او لم يبينها حتى تكفل بنفسه رجل على انه
ان لم يواف به غدا فعليه المائة فلم يواف به غدا فعليه المائة عند ابي حنيفة وابي
يوسف وقال محمد ان لم يبينها حتى تكفل ثم ادعى بعد ذلك لم يلتفت الى دعواه
لانه علق مالا مطلقا بخطر الا ترى انه لم ينسبه الى ما عليه فلا تصح الكفالة على
هذا الوجه وان بينها ولانه لم تصح الدعوى من غير بيان فلم يجب احضار النفس واذا
لم يجب لم تصح الكفالة بالنفس فلا يصح بالمال لانه بناء عليه بخلاف ما اذا بين ولهما
ان المال ذكر معرفا فينصرف الى ما عليه والعادة جرت بالاجمال في الدعاوى فتصح
الدعوى على اعتبار البيان فاذا بين التحق البيان باصل الدعوى فتبين صحة
الكفالة الاولى فيترتب عليه الثانية قال ولا تجوز الكفالة بالنفس في
الحدود والقصاص عند ابي حنيفة معناه لا يجبر عليها عنده وقالا يجبر في حد القذف
لان فيه حق العبد وفي القصاص لانه خالص حق العبد بخلاف الحدود الخالصة
لله تعالى ولابي حنيفة قوله عليه السلام لا كفالة في حد من غير فصل ولان مبنى الكل
على الدرء فلا يجب فيها الاستيثاق بخلاف سائر الحقوق لانها لا تندرئ بالشبهات
فيليق بها الاستيثاق كما في التعزير ولو سمحت نفسه به يصح بالاجماع لانه امكن
ترتيب موجبه عليه لان تسليم النفس فيها واجب فيطالب به الكفيل فيتحقق الضم
قال ولا يحبس فيها حتى يشهد شاهدان او شاهد عدل يعرفه القاضي لان
الحبس للتهمة ههنا والتهمة تثبت باحدى شطري الشهادة اما العدد او العدالة
بخلاف الحبس في باب الاموال لانه اقصى عقوبة فيه فلا يثبت الا بحجة كاملة وذكر
في ادب القاضي ان على قولهما لا يحبس في الحدود والقصاص بشهادة الواحد لحصول
الاستيثاق بالكفالة قال والرهن والكفالة جائزان في الخراج لانه دين مطالب
به ممكن الاستيفاء فيمكن ترتيب موجب العقد عليه فيهما قال ومن اخذ
من رجل كفيلا بنفسه ثم ذهب فاخذ منه كفيلا آخر فهما كفيلان لان موجب
التزام المطالبة وهي متعددة والمقصود التوثق وبالثانية يزداد التوثق فلا

يتنافيان واما الكفالة بالمال فجائزة معلوما كان المال المكفول به او مجهولا اذا
كان دينا صحيحا مثلا ان يقول تكفلت عنه بالف او بما لك عليه او بما يدركك في هذا
البيع لان مبنى الكفالة على التوسع فيتحمل فيها الجهالة وعلى الكفالة بالدرك اجماع
وكفى به حجة وصار كما اذا كفل بشجة صحت الكفالة وان احتمل السراية والاقتصار و
شرط ان يكون دينا صحيحا ومراده ان لا يكون بدل الكتابة وسياتيك في موضعه ان
شاء الله تعالى قال والمكفول له بالخيار ان شاء طالب الذي عليه الاصل وان شاء طالب
كفيله لان الكفالة ضم الذمة الى الذمة في المطالبة وذلك يقتضي قيام الاول لا البراءة
عنه الا اذا شرط فيه البراءة فحينئذ تنعقد حوالة اعتبارا للمعنى كما ان الحوالة بشرط
ان لا يبرا بها المحيل تكون كفالة ولو طالب احدهما له ان يطالب الآخر وله ان يطالبهما
لان مقتضاه الضم بخلاف المالك اذا اختار احد الغاصبين لان اختياره احدهما يتضمن
التمليك منه فلا يمكنه التمليك من الثاني اما المطالبة بالكفالة لا تتضمن التمليك
فوضح الفرق قال ويجوز تعليق الكفالة بالشروط مثل ان يقول ما بايعت فلانا
فعلي او ما ذاب لك عليه فعلي او ما غصبك فعلي والاصل فيه قوله تعالى
ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم والاجماع منعقد على صحة ضمان الدرك ثم الاصل انه
يصح تعليقها بشرط ملائم لها مثل ان يكون شرطا لوجوب الحق كقوله اذا استحق المبيع
او لامكان الاستيفاء مثل قوله غاب عن البلدة وما ذكر من الشروط في معنى ما ذكرناه
فاما لا يصح بمجرد الشرط كقوله اذا استحق المبيع التعليق بمجرد الشرط كقوله ان هبت
الريح او جاء المطر وكذا اذا جعل كل واحد منهما اجلا الا انه يصح الكفالة ويجب المال حالا
لان الكفالة لما صح تعليقها بالشرط لا يبطل بالشروط الفاسدة كالطلاق والعتاق
فان قال تكفلت بما لك عليه فقامت البينة بالف عليه ضمنه الكفيل لان الثابت بالبينة
كالثابت معاينة فيتحقق ما عليه فيصح الضمان وان لم تقم البينة فالقول قول الكفيل
مع يمينه في مقدار ما يعترف به لانه منكر الزيادة فان اعترف المكفول عنه باكثر من ذلك لم
يصدق على كفيله لانه اقرار على الغير ولا ولاية له عليه ويصدق في حق نفسه لولايته
عليها قال ويجوز الكفالة بامر المكفول عنه وبغير امره لاطلاق ما روينا ولانه
التزام المطالبة وهو تصرف في حق نفسه وفيه نفع الطالب ولا ضرر فيه على المطلوب
بثبوت الرجوع اذ هو عند امره وقد رضي به فان كفل بامره رجع بما ادى عليه لانه قضى
دينه بامره وان كفل بغير امره لم يرجع بما يؤديه لانه متبرع بادائه وقوله رجع بما ادى
معناه اذا ادى ما ضمنه اما اذا ادى خلافه رجع بما ضمن لانه ملك الدين بالاداء فنزل
منزلة الطالب كما اذا ملكه بالهبة او بالارث وكما اذا ملكه المحتال عليه لما ذكرنا في

بخلاف

بخلاف المامور بقضاء الدين حيث يرجع بما ادى لانه لم يجب عليه شيء حتى يملك الدين
بالاداء وبخلاف ما اذا صالح الكفيل الطالب عن الالف على خمسمائة لانه اسقاط
كما اذا ابرا الكفيل قال وليس للكفيل ان يطالب المكفول عنه بالمال قبل ان يؤدي
عنه لانه لا يملك قبل الاداء بخلاف الوكيل بالشراء حيث يرجع قبل الاداء لانه
انعقد بينهما مبادلة حكمية قال فان لوزم بالمال كان له ان يلازم المكفول عنه
حتى يخلصه وكذا اذا حبس كان له ان يحبسه لانه لحقه ما لحقه من جهته فيعامله
بمثله قال واذا ابرا الطالب المكفول عنه او استوفى منه برئ الكفيل لان براءة
الاصيل توجب براءة الكفيل لان الدين عليه في الصحيح ولو ابراه الكفيل لم
يبرا الاصيل لان عليه المطالبة وبقاء الدين على الاصيل بدونه جائز وكذا اذا اخر الطالب
عن الاصيل فهو تاخير عن كفيله ولو اخر عن الكفيل لم يكن تاخيرا عن الاصيل لان التاخير
ابراء موقت فيعتبر بالابراء المؤبد بخلاف ما اذا كفل بالمال الحال مؤجلا الى شهر فانه
يتاجل عن الاصيل لانه لا حق له الا الدين حال وجود الكفالة فصار الاجل داخلا فيه
اما ههنا فبخلافه فان صالح الكفيل رب المال عن الالف على خمسمائة فقد برئ
الكفيل والذي عليه الاصل لانه اضاف الصلح الى الالف الدين وهي على الاصيل بخمسمائة
ان كانت الكفالة بامره بخلاف ما اذا صالح على جنس آخر لانه مبادلة فيملكه فيرجع
بجميع الالف ولو كان صالحه عما استوجب بالكفالة لا يبرا الاصيل لان هذا ابراء
الكفيل عن المطالبة قال ومن قال لكفيل ضمن له مالا قد برئت الي من المال
رجع الكفيل على المكفول عنه معناه ضمن له بامره لان البراءة التي ابتداؤها من المطلوب
وانتهاؤها الى الطالب لا يكون الا بالايفاء فيرجع وان قال ابراتك لم يرجع
الكفيل على المكفول عنه لانه براءة لا تنتهي الى غيره وذلك بالاسقاط فلم يكن اقرارا
بالايفاء ولو قال برئت قال محمد هو مثل الثاني لانه يحتمل البراءة بالاداء والابراء
فيثبت الادنى فلا يرجع الكفيل بالشك وقال ابو يوسف هو مثل الاول لانه اقر
ببراءة ابتداؤها من المطلوب واليه الايفاء دون الابراء وقيل في جميع ما ذكرنا
اذا كان الطالب حاضرا يرجع في البيان اليه لانه هو المجمل قال ولا يجوز تعليق البراءة
من الكفالة بالشرط لما فيه من معنى التمليك كما في سائر البراءات ويروى انه يصح لان عليه
المطالبة دون الدين في الصحيح فكان اسقاطا محضا كالطلاق ولهذا لا يرتد الابراء
عن الكفيل بالرد بخلاف ابراء الاصيل وكل حق لا يمكن استيفاؤه من الكفيل لا تصح الكفالة
به كالحدود والقصاص معناه بنفس الحد لا بنفس من عليه لانه يتعذر ايجابه عليه وهذا
لان العقوبة لا تجري فيها النيابة واذا تكفل عن المشتري بالثمن جاز لانه دين كسائر الديون

وإذا تكفل عن البائع بالمبيع لم يصح لانه عين مضمون بغيره وهو الثمن والكفالة بالاعيان
المضمونة وان كانت تصح عندنا خلافا للشافعي لكن بالاعيان المضمونة بنفسها كالمبيع والمرهون
ولا بما يكون امانة كالوديعة والمستعار والمستاجر ومال المضاربة والشركة ولو تكفل
بتسليم المبيع قبل القبض او بتسليم الرهن بعد القبض الى الراهن او بتسليم المستاجر الى
المستاجر جاز لانه التزم فعلا واجبا ومن استاجر دابة للحمل فان كانت بعينها لم تصح
الكفالة بالحمل لانه عاجز عنه فان كانت بغير عينها جازت الكفالة لانه يمكنه الحمل على
دابة نفسه والحمل هو المستحق وكذا من استاجر عبدا للخدمة وكفل له رجل بخدمته
فهو باطل لما بينا قال ولا تصح الكفالة الا بقبول المكفول له في المجلس وهذا عند
ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف اخرا يجوز اذا بلغه فاجاز ولم يشترط في بعض النسخ الاجازة
والخلاف في الكفالة بالنفس والمال جميعا له انه تصرف التزام فيستبد به الملتزم وهذا
وجه هذه الرواية عنه ووجه التوقف ما ذكرناه في الفضولي في النكاح ولهما ان في
معنى التمليك وهو تمليك المطالبة منه فيقوم بهما جميعا والموجود شطره فلا يتوقف
على ما وراء المجلس الا في مسئلة واحدة وهو ان يقول المريض لوارثه تكفل عني بما علي من الدين
فيكفل به مع غيبة الغرماء لان ذلك وصية في الحقيقة ولهذا يصح وان لم يسم المكفول لهم
ولهذا قالوا انما يصح اذا كان له مال او يقال انه قائم مقام الطالب لحاجته اليه تفريغا
لذمته وفيه نفع الطالب كما اذا حضر بنفسه وانما يصح بهذا اللفظ ولا يشترط القبول
لانه يراد به التحقيق دون المساومة ظاهرا في هذه الحالة فصار كالامر بالنكاح ولو
قال المريض ذلك لاجنبي اختلف المشايخ فيه قال واذا مات الرجل وعليه ديون ولم
يترك شيئا فتكفل رجل عنه للغرماء لم تصح عند ابي حنيفة وقالا تصح لانه كفل بدين ثابت
لانه وجب لحق الطالب ولم يوجد المسقط ولهذا يبقى في حق احكام الاخرة ولو تبرع به انسان
يصح وكذا يبقى اذا كان به كفيل وله انه كفل بدين ساقط لان الدين هو الفعل
حقيقة ولهذا يوصف بالوجوب لكنه في الحكم مال لانه يؤول اليه في المآل وقد عجز بنفسه
وبخلفه ففات عاقبة الاستيفاء فيسقط ضرورة والتبرع لا يعتمد قيام الدين واذا كان
به كفيل او له مال فخلفه او الافضاء الى الاداء باق قال ومن كفل عن رجل بالف عليه
بامره فقضاه الالف قبل ان يعطيه صاحب المال فليس له ان يرجع فيها لانه تعلق
له حق القابض على احتمال قضائه الدين ولا يجوز المطالبة ما بقي هذا الاحتمال كمن عجل زكوته
ودفعها الى الساعي ولانه ملكه بالقبض على ما نذكر بخلاف ما اذا كان الدفع على
وجه الرسالة لانه تمحض امانة في يده وان ربح الكفيل فيه فهو له لا يتصدق به لانه ملكه
حين قبضه اما اذا قضى الدين فظاهر وكذا اذا قضى المطلوب بنفسه وثبت له

حق الاسترداد لانه وجب له على المكفول عنه مثل ما وجب للطالب عليه الا انه اخرت المطالبة
الى وقت الاداء فنزل منزلة الدين المؤجل ولهذا لو ابرا الكفيل المطلوب قبل ادائه
يصح فكذا اذا قبضه الا ان فيه نوع خبث نبينه ولا يعمل مع الملك فيما لا يتعين وقد
قررناه في البيوع ولو كانت الكفالة بكر حنطة فقبضها الكفيل فباعها وربح فيها فالربح له في الحكم
لما بينا انه ملكه قال واحب الي ان يرده على الذي قضاه الكر ولا يجب عليه في الحكم
وهذا عند ابي حنيفة في رواية الجامع الصغير وقال ابو يوسف ومحمد هو له ولا يرده
على الذي قضاه وهو رواية عنه وعنه انه يتصدق به لهما انه ربح في ملكه
على الوجه الذي بيناه فيسلم له وله انه تمكن الخبث مع الملك اما لانه بسبيل
من الاسترداد بان يقضيه بنفسه او لانه رضي به على اعتبار قضاء الكفيل فاذا
قضاه بنفسه لم يكن راضيا به وهذا الخبث يعمل فيما يتعين فيكون سبيله التصدق
في رواية ويرده عليه في رواية لان الخبث لحقه وهذا اصح لكنه استحباب لا جبر لان
الحق له قال ومن كفل عن رجل بالف بامره فامره ان يتعين عليه حريرا ففعل فالشراء
للكفيل والربح الذي ربحه البائع فهو عليه ومعناه الامر ببيع العينة مثل ان يستقرض
من تاجر عشرة فيتابى عليه ويبيع منه ثوبا يساوي عشرة بخمسة عشر مثلا رغبة في نيل
الزيادة ليبيعه المستقرض بعشرة ويتحمل خمسة سمي به لما فيه من الاعراض عن الدين الى
العين وهو مكروه لما فيه من الاعراض عن مبرة الاقراض مطاوعة لمذموم البخل ثم قيل
هذا ضمان لما يخسر المشتري نظرا الى قوله علي وهو فاسد وليس بتوكيل وقيل
هو توكيل فاسد لان الحرير غير متعين وكذا الثمن غير متعين لجهالة ما زاد على الدين
وكيفما كان فالشراء للمشتري وهو الكفيل والربح اي الزيادة عليه لانه العاقد
قال ومن كفل عن رجل بما ذاب له عليه او بما قضي له عليه فغاب المكفول عنه فاقام
المدعي البينة على الكفيل ان له على المكفول عنه الف درهم لم يقبل لان المكفول به مال
مقضي وهذا في القضاء ظاهر وكذا في الاخر لان معنى ذاب تقرر وهو بالقضاء
او مال يقضى به وهذا ماضي اريد به المستانف كقوله اطال الله بقاءك والدعوى
مطلق عن ذلك فلا تصح ومن اقام البينة ان له على فلان كذا وان هذا كفيل عنه
بامره فانه يقضى به على الكفيل وعلى المكفول عنه امره يقضى على الكفيل خاصة وانما
يقبل لان المكفول به مال مطلق بخلاف ما تقدم وانما يختلف بالامر وعدمه
لانهما يتغايران لان الكفالة بالامر تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء وبغير امره
تبرع ابتداء وانتهاء فبدعوى احدهما لا يقضى له بالآخر واذا قضى بها بالامر
ثبت امره وهو يتضمن الاقرار بالمال فيصير مقضيا عليه والكفالة بغير امره لا تمس جانبه

لانه يعتمد صحتها قيام الدين في زعم الكفيل فلا يتعدى اليه وفي الكفالة بامره يرجع الكفيل
بما ادى على الامر وقال زفر لا يرجع لانه لما انكر فقد ظلم في زعمه فلا يظلم غيره ونحن نقول صار
مكذبا شرعا فبطل ما زعمه ومن باع دارا وكفل عنه رجل بالدرك فهو تسليم لان الكفالة
لو كانت مشروطة في البيع فتمامه بقبوله ثم بالدعوى يسعى في نقض ما تم من جهته وان لم يكن
مشروطة فيه فالمراد بها احكام البيع وترغيب المشتري فيه اذ لا يرغب فيه دون الكفالة
فنزل منزلة الاقرار بملك البائع قال ولو شهد وختم ولم يكفل لم يكن تسليما وهو
على دعواه لان الشهادة لا تكون مشروطة في البيع ولا هو اقرار بالملك لان البيع مرة يوجد
من المالك وتارة من غيره ولعله كتب الشهادة ليحفظ الحادثة بخلاف ما تقدم قالوا
اذا كتب في الصك باع وهو يملكه او بيعا باتا نافذا وهو كتب شهد بذلك فهو تسليم
الا اذا كتب الشهادة على اقرار المتعاقدين **فصل** في الضمان قال ومن باع لرجل ثوبا
وضمن له الثمن او مضارب ضمن ثمن متاع والضمان باطل لان الكفالة التزام المطالبة وهي
اليهما فيصير كل واحد منهما ضامنا لنفسه ولان المال امانة في ايديهما والضمان تغيير لحكم الشرع
فيرد عليه كاشتراطه على المودع والمستعير وكذلك رجلان باعا عبدا صفقة واحدة وضمن
احدهما لصاحبه حصته من الثمن لانه لو صح الضمان مع الشركة يصير ضامنا لنفسه ولو
صح في نصيب صاحبه يؤدي الى قسمة الدين قبل قبضه ولا يجوز ذلك بخلاف ما اذا باعا
صفقتين لانه لا شركة الا ترى ان للمشتري ان يقبل نصيب احدهما ويقبض اذا نقد ثمن
حصته وان قبل الكل قال ومن ضمن عن آخر خراجه ونوائبه وقسمته فهو جائز اما
الخراج فقد ذكرناه وهو يخالف الزكوة لانها مجرد فعل ولهذا لا تؤدى بعد موته من تركته
الا بوصية واما النوائب فان اريد بها ما يكون بحق ككري النهر المشترك واجر الحارس والموظف
لتجهيز الجيش وفداء الاسرى وغيرها جازت الكفالة بها على الاتفاق وان اريد بها ما ليس
بحق كالجبايات في زماننا ففيه اختلاف المشايخ وممن يميل الى الصحة الشيخ الامام ابو
البزدوي واما القسمة فقد قيل هي النوائب بعينها او حصة منها والرواية باو وقيل
هي النائبة الموظفة الراتبة والمراد بالنوائب ما ينوبه غير راتب والحكم ما بيناه ومن قال
لآخر لك علي مائة الى شهر وقال المقر له هي حالة فالقول قول المدعي وان قال ضمنت لك
عن فلان مائة الى شهر وقال المقر له هي حالة فالقول قول الضامن ووجه الفرق ان المقر اقر
بالدين ثم ادعى حقا لنفسه وهو تاخير المطالبة الى اجل وفي الكفالة ما اقر بالدين لانه لا دين
عليه في الصحيح انما اقر بمجرد المطالبة بعد الشهر ولان الاجل عارض في الديون حتى لا يثبت الا
بشرط فكان القول لمن انكر الشرط كما في الخيار اما الاجل في الكفالة حتى يثبت من غير شرط
بان كان مؤجلا على الاصيل والشافعي الحق الثاني بالاول وابو يوسف فيما يروى عنه الحق الاول

بالثاني والفرق قد اوضحناه ومن اشترى جارية وكفل له رجل بالدرك فاستحقت لم ياخذ
بالثمن على البائع لم يجب له على الاصيل رد الثمن فلا يجب على الكفيل بخلاف القضاء بالحرية
لان البيع يبطل بها لعدم المحلية فيرجع على البائع والكفيل وموضعه اوائل الزيادات
في ترتيب الاصل ومن اشترى عبدا فضمن له رجل بالعهدة فالضمان باطل لان هذه
اللفظة مشتبهة قد تقع على الصك القديم وهو ملك البائع فلا يصح ضمانه وقد
تقع على العقد وعلى حقوقه وعلى الدرك وعلى الخيار ولكل ذلك وجه فتعذر العمل
بها بخلاف الدرك لانه استعمل في ضمان الاستحقاق عرفا ولو ضمن الخلاص
لا يصح عند ابي حنيفة لانه عبارة عن تخليص المبيع وتسليمه لا محالة وهو قادر عليه
وعندهما هو بمنزلة الدرك وهو تسليم المبيع او قيمته فصح والله اعلم **باب كفالة
الرجلين** واذا كان الدين على اثنين وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه كما اذا اشتريا
عبدا بالف وكفل واحد منهما عن صاحبه فما ادى احدهما لم يرجع على شريكه حتى يزيد ما
يؤديه على النصف فيرجع بالزيادة لان كل واحد منهما في النصف اصيل وفي النصف الآخر
كفيل ولا معارضة بين ما عليه بحق الاصالة وبحق الكفالة لان الاول دين والثاني مطالبة
ثم هو تابع للاول فيقع عن الاول وفي الزيادة لا معارضة فيقع عن الكفالة ولانه لو
وقع في النصف عن صاحبه فيرجع عليه فلصاحبه ان يرجع لان اداء نائبه كادائه فيؤدي الى
الدور واذا كفل رجلان عن رجل بمال على ان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شيء
اداه احدهما يرجع على صاحبه بنصفه قليلا كان او كثيرا ومعنى المسألة في الصحيح
ان تكون الكفالة بالكل عن الاصيل وبالكل عن الشريك والمطالبة متعددة فيجتمع
الكفالتان على ما مر وموجبهما التزام المطالبة فتصح الكفالة عن الكفيل كما تصح
عن الاصيل وكما تصح الحوالة من المحتال عليه واذا عرف هذا فما اداه احدهما وقع
شائعا عنهما اذ الكل كفالة فلا ترجيح للبعض على البعض بخلاف ما تقدم فيرجع
على شريكه بنصفه ولا يؤدي الى الدور لان قضيته الاستواء وقد حصل برجوع احدهما
بنصف ما ادى بخلاف ما تقدم ثم يرجعان على الاصيل لانهما اديا عنه احدهما بنفسه
والآخر بنائبه وان شاء رجع بالجميع على المكفول عنه لانه كفل بجميع المال عنه بامره قال
واذا ابرأ رب المال احدهما اخذ الآخر بالجميع لان ابراء الكفيل لا يوجب براءة الاصيل
فبقي المال كله على الاصيل والآخر كفيل بكله على ما بينا ولهذا ياخذه به قال وانما
افترق المتفاوضان فلاصحاب الديون ان ياخذوا ايهما شاء بجميع الدين لان كل
واحد منهما كفيل عن صاحبه على ما عرف في الشركة ولا يرجع احدهما على صاحبه حتى يؤدي
اكثر من النصف لما مر من الوجهين في كفالة الرجلين قال واذا كوتب العبدان كتابة

واحدة وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه وكل شيء اداه احدهما يرجع على صاحبه بنصفه ووجهه
ان هذا العقد جائز استحسانا وطريقه ان يجعل كل واحد منهما اصيلا في حق وجوب الالف عليه
فيكون عتقهما معلقا بادائه ويجعل كفيلا بالالف في حق صاحبه وسنذكره في المكاتب ان شاء الله
واذا عرفنا ذلك فما اداه احدهما رجع بنصفه على صاحبه لاستوائهما ولو رجع بالكل لا يتحقق
المساواة قال ولو لم يؤديا شيئا حتى اعتق المولى احدهما جاز العتق لمصادفته ملكه
ويبرأ عن النصف لانه ما رضي بالتزام المال الا ليكون وسيلة الى العتق وما بقي وسيلة
فيسقط ويبقى النصف على الآخر لان المال في الحقيقة مقابل برقبتهما وانما جعل كل
واحد منهما احتيالا لتصحيح الضمان واذا جاء العتق استغنى عنه فاعتبر مقابلا برقبتهما
فلهذا يتنصف وللمولى ان يأخذ بحصة الذي لم يعتق ايهما شاء المعتق بالكفالة وصاحبه
بالاصالة فان اخذ الذي اعتق رجع على صاحبه بما يؤدي لانه مؤد عنه بامره وان
اخذ الآخر لم يرجع على المعتق بشيء لانه ادى عن نفسه
ومن ضمن عن عبد مالا لا يجب عليه حتى يعتق ولم يسم حالا ولا غيره فهو حال لان المال عليه حال
لوجود السبب وقبول الذمة الا انه لا يطالب لعسرته اذ جميع ما في يده ملك المولى ولم يرض
بتعلقه به والكفيل غير معسر فصار كما اذا كفل عن غائب او مفلس بخلاف الدين المؤجل
لانه متأخر بمؤخر ثم اذا ادى رجع على العبد بعد العتق لان الطالب لا يرجع عليه
الا بعد العتق فكذا الكفيل لقيامه مقامه قال ومن ادعى على عبد مالا وكفل
له رجل بنفسه فمات العبد برئ الكفيل لبراءة الاصيل كما اذا كان المكفول
بنفسه حرا فان ادعى رقبة العبد فكفل به رجل فمات العبد فاقام المدعي البينة
انه كان له ضمن الكفيل قيمته لان على المولى ردها على وجه يخلفها قيمتها وقد التزم
الكفيل ذلك وبعد الموت يبقى القيمة واجبة على الاصيل فكذا على الكفيل بخلاف
الاول قال واذا كفل العبد عن مولاه بامره فعتق فاداه او كان المولى كفل عنه
فاداه بعد العتق لم يرجع واحد منهما على صاحبه وقال زفر يرجع ومعنى الاول
ان لا يكون على العبد دين حتى يصح كفالته بالمال عن المولى اذا كان بامره اما كفالته
عن العبد يصح على كل حال له انه تحقق الموجب للرجوع وهو الكفالة بامره والمانع
وهو الرق قد زال ولنا انها وقعت غير موجبة للرجوع لان المولى لا يستوجب
على عبده دينا وكذا العبد على مولاه فلا ينقلب موجبا ابدا كمن كفل عن غيره بغير
امره فاجازه قال ولا يجوز الكفالة بمال الكتابة حر تكفل به او عبد لانه ثبت مع المنافي
فلا يظهر في حق صحة الكفالة ولانه لو عجز نفسه سقط ولا يمكن اثباته على هذا الوجه
في ذمة الكفيل واثباته مطلقا ينافي معنى الضم لان من شرطه الاتحاد وبدل السعاية

كما ل

كمال الكتابة في قول ابي حنيفة لانه كالمكاتب عنده

كتاب الحوالة

قال رحمه الله وهي جائزة بالديون وقال عليه السلام من احيل على مليء فليتبع ولانه التزم ما يقدر
على تسليمه فتصح كالكفالة وانما اختص بالديون لانها تنبئ عن النقل والتحويل
والتحويل في الدين لا في العين قال وتصح برضا المحيل والمحتال والمحتال عليه فلان
الدين حقه وهو الذي ينتقل بها والذمم متفاوتة فلا بد من رضاه واما
المحتال عليه فلانه يلزمه الدين ولا لزوم بدون التزامه واما المحيل فالحوالة
تصح بدون رضاه ذكره في الزيادات لان التزام الدين من المحتال عليه تصرف
في حق نفسه وهو لا يتضرر به بل فيه نفعه لانه لا يرجع عليه اذا لم يكن بامره قال
واذا تمت الحوالة برئ المحيل من الدين بالقبول وقال زفر لا يبرأ اعتبارا بالكفالة
اذ كل واحد منهما عقد توثق ولنا ان الحوالة النقل لغة ومنه حوالة الغراس
والدين متى انتقل عن الذمة لا يبقى فيها اما الكفالة فللضم والاحكام الشرعية
على وفاق المعاني اللغوية والتوثق باختيار الاملأ والاحسن في القضاء وانما يجبر على
القبول اذا نقد المحيل لانه يحتمل عود المطالبة اليه بالتوى فلم يكن متبرعا
قال ولم يرجع المحتال على المحيل الا ان يتوى حقه وقال الشافعي لا يرجع وان
توى لان البراءة حصلت مطلقة فلا يعود الا بسبب جديد ولنا انها مقيدة
بسلامة حقه له اذ هو المقصود او تنفسخ الحوالة لفواته لانه قابل للفسخ فصار
كوصف السلامة في المبيع قال والتوى عند ابي حنيفة احد الامرين اما ان
يجحد الحوالة ويحلف ولا بينة له عليه او يموت مفلسا لان العجز عن الوصول يتحقق
بكل واحد منهما وهو التوى في الحقيقة وقالا هذان ووجه ثالث وهو ان يحكم
الحاكم بافلاسه حال حياته وهذا بناء على ان الافلاس لا يتحقق بحكم القاضي عنده
خلافا لهما لان مال الله تعالى غاد ورائح قال واذا طالب المحتال عليه المحيل بمثل
مال الحوالة فقال المحيل احلت بدين لي عليك لم يقبل قوله وكان عليه مثل الدين
لان سبب الرجوع قد تحقق وهو قضاء دينه بامره الا ان المحيل يدعي عليه دينا وهو
ينكر والقول قول المنكر واذا طالب المحيل المحتال بما احاله به فقال انما احلتك
لتقبضه لي وقال المحتال بل احلتني بدين كان لي عليك فالقول قول المحيل لان المحتال
يدعي عليه الدين وهو ينكر ولفظة الحوالة مستعملة في الوكالة يدعي عليه الدين وهو
ينكر ولفظة الحوالة مستعملة في الوكالة فيكون القول قوله مع يمينه قال ومن
اودع رجلا الف درهم واحال بها عليه آخر فهو جائز لانه اقدر على القضاء فان هلكت
برئ لتقيدها بها فانه ما التزم الاداء الا منها بخلاف ما اذا كانت مقيدة بالمغصوب

لان الفوات الى خلف كلا فوات وقد يكون الحوالة مقيدة بالدين ايضا وحكم المقيد
في هذه الجملة ان لا يملك المحيل مطالبة المحتال عليه لانه تعلق به حق المحتال على
مثال الرهن وان كانت اسوة للغرما بعد موت المحيل لانه لو بقي له مطالبة به
فياخذه منه لبطلت الحوالة وهي حق المحتال بخلاف المطلقة لانه لا تعلق لحقه
به بل بذمته فلا تبطل الحوالة باخذ ما عليه لو عينا قال ويكره السفاتج وهي
وهو قرض استفاد به المقرض سقوط خطر الطريق وهذا نوع نفع استفيد به وقد
نهى رسول الله عن قرض جر نفعا

كتاب ادب القاضي

قال ولا يصح ولاية القاضي
حتى يجتمع في المولى شرائط الشهادة ويكون من اهل الاجتهاد اما الاول فلان حكم القضا
يستقى من حكم الشهادة لان كل واحد منهما من باب الولاية فكل من كان اهلا للشهادة
يكون اهلا للقضا وما يشترط لاهلية الشهادة يشترط لاهلية القضا والفاسق
اهل للقضا حتى لو قلد يصح الا انه لا ينبغي ان يقلد كما في حكم الشهادة فلانه لا ينبغي
ان يقبل القاضي شهادته ولو قبل جاز عندنا ولو كان عدلا ففسق باخذ الرشوة
او غيره لا ينعزل ويستحق العزل وهذا هو ظاهر المذهب وعليه مشايخنا رحمهم الله
وقال الشافعي الفاسق لا يجوز قضاؤه كما لا تقبل شهادته عنده وعن علمائنا الثلاثة رحمهم الله
في النوادر انه لا يجوز قضاؤه وقال بعض المشايخ اذا قلد الفاسق ابتداء يصح
ولو قلد وهو عدل ينعزل بالفسق لان المقلد اعتمد عدالته فلم يكن راضيا دونها
وهل يصلح مفتيا قيل لا لانه من امور الدين وقيل يصلح لانه يجتهد حذار النسبة
الى الخطا واما الثاني فالصحيح ان اهلية الاجتهاد شرط الاولوية فاما تقليد
الجاهل صحيح عندنا خلافا للشافعي هو يقول ان الامر بالقضا يستدعي القدرة
عليه ولا قدرة دون العلم ولنا انه يمكنه ان يقضي بفتوى غيره ومقصود
القضا يحصل به وهو ايصال الحق الى مستحقه وينبغي للمقلد ان يختار من هو
الاقدر والاولى لقوله عليه السلام من قلد انسانا عملا وفي رعيته من هو اولى منه
فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين وفي حد الاجتهاد كلام عرف في اصول الفقه
وحاصله ان يكون صاحب حديث له معرفة الفقه ليعرف معاني الآثار او صاحب فقه له
معرفة الحديث لان يشتغل بالقياس في المنصوص عليه قيل وان يكون صاحب قريحة يعرف
بها عادات الناس لان من الاحكام ما ينبني عليها قال ولا باس بالدخول في القضا لمن يثق
بنفسه انه يؤدي فرضه لان الصحابة رضي الله عنهم تقلدوه وكفى بهم قدوة ولانه فرض كفاية
لكونه امرا بالمعروف قال ويكره الدخول فيه لمن يخاف العجز عنه ولا يامن على نفسه الحيف
فيه كيلا يصير شرطا لمباشرة القبيح وكره بعضهم الدخول فيه مختارا لقوله عليه السلام من جعل

على القضا فكانما ذبح بغير سكين والصحيح ان الدخول فيه رخصة طمعا في اقامة العدل
والترك عزيمة فلعله يخطئ ظنه فلا يوفق له او لا يعينه عليه غيره ولا بد من الاعانة الا اذا
كان هو الاهل للقضا دون غيره فحينئذ يفترض عليه التقلد صيانة لحقوق العباد
واخلاء للعالم عن الفساد قال وينبغي ان لا يطلب الولاية ولا يسألها لقوله عليه السلام
من طلب القضا وكل الى نفسه ومن اجبر عليه نزل عليه ملك يسدده ولانه من طلبه
يعتمد على نفسه فيحرم ومن اجبر عليه يتوكل على ربه فيلهم ثم يجوز التقلد من السلطان
الجائر كما يجوز من العادل لان الصحابة رضي الله عنهم تقلدوه من معاوية والحق كان بيد
علي رضي الله عنه في نوبته والتابعين تقلدوه من الحجاج وهو كان جائرا الا اذا كان لا يمكنه
من القضا بحق لان المقصود لا يحصل بالتقلد بخلاف ما اذا كان يمكنه قال ومن
قلد القضا يسال ديوان القاضي الذي قبله وهو الخرائط التي فيها السجلات وغيرها
لانها وضعت فيها ليكون حجة عند الحاجة فيجعل في يد من له ولاية القضا ثم ان كان البياض
من بيت المال فظاهر وكذا اذا كان من مال الخصوم في الصحيح لانهم وضعوها في يده
لعمله وقد انتقل الى المولى وكذا اذا كان من مال القاضي في الصحيح لانه اتخذه تدينا
لا تمولا ويبعث امينين ليقبضاها بحضرة المعزول او امينه ويسالانه شيئا فشيئا
ويجعلان كل نوع منها في خريطة كيلا يشتبه على المولى وهذا السؤال لكشف الحال لا
للالزام قال وينظر في حال المحبوسين لانه نصب ناظرا فمن اعترف بحق الزمه اياه
لان الاقرار ملزم ومن انكر لم يقبل قول المعزول عليه الا ببينة لانه بالعزل التحق بالرعايا
وشهادة الفرد ليست بمقبولة لا سيما اذا كان على فعل نفسه وان لم تقم لم يعجل بتخليته حتى ينادى
عليه وينظر في امره لان فعل القاضي المعزول حق ظاهرا فلا يعجل كيلا يؤدي الى ابطال
حق الغير وينظر في الودائع وارتفاع الوقوف فيعمل فيه على ما يقوم به البينة او يعترف به لان
كل ذلك حجة ولا يقبل قول المعزول لما بينا الا ان يعترف الذي في يده ان المعزول سلمها اليه
فيقبل قوله لانه ثبت باقراره ان اليد كانت للقاضي كانه في يده في الحال الا اذا بدا بالاقرار
لغيره فيسلم الى المقر له الاول لسبق حقه قال ويجلس للحكم جلوسا ظاهرا في المسجد كيلا
يشتبه مكانه على الغربا وبعض المقيمين والمسجد الجامع اولى لانه اشهر وقال الشافعي يكره
الجلوس في المسجد للقضا لانه يحضره المشرك وهو نجس بالنص والحائض وهي ممنوعة عن
دخوله ولنا قوله عليه السلام انما بنيت المساجد لذكر الله والحكم وكان رسول الله صلعم يفصل
الخصومة في معتكفه والخلفاء الراشدون رضي الله عنهم كانوا يجلسون في المساجد لفصل
الخصومات ولان القضا عبادة فتجوز اقامتها في المسجد كالصلوة ونجاسة المشرك في اعتقاده
لا في ظاهره فلا يمنع من دخوله والحائض تخبر بحالها فيخرج القاضي اليها او الى باب المسجد او يبعث

من يفصل بينها وبين خصمها كما اذا كانت في الدابة ولو جلس في داره لا باس به ويأذن للناس
في الدخول فيها ويجلس معه من كان يجلس قبل ذلك لان في جلوسه وحده تهمة قال ولا
يقبل هدية الا من ذي رحم محرم او ممن جرت عادته قبل القضاء بمهاداته لان الاول صلة
الرحم والثاني ليس للقضاء بل جرى على العادة وفيما وراء ذلك يصير آكلا بقضائه حتى لو كانت
للقريب خصومة لانه لاجل القضاء فيتحاماه ولا يحضر دعوة الا ان يكون عامة لان الخاصة
لاجل القضاء فيتهم بالاجابة بخلاف العامة فدخل في هذا الجواب قريبه وهو قولهما
وعن محمد انه يجيبه وان كانت خاصة كالهدية والخاصة ما لو علم ان المضيف ان القاضي
لا يحضرها لا يتخذها قال ويشهد الجنازة ويعود المريض لان ذلك من حقوق المسلم
قال عليه السلام للمسلم على المسلم ستة حقوق وعد منها هذين ولا يضيف احد
الخصمين دون خصمه لان النبي عليه السلام نهى عن ذلك ولان فيه تهمة قال واذا
حضرا سوى بينهما في الجلوس والاقبال قال عليه السلام اذا ابتلي احدكم بالقضاء فليسو
بينهم في الجلوس والاشارة والنظر ولا يسار احدهما ولا يشير اليه ولا يلقنه حجة للتهمة
ولان فيه مكسرة لقلب الآخر فيترك حقه ولا يضحك في وجه احدهما لانه يجترئ على خصمه
ولا يمازحهم ولا واحدا منهم لانه يذهب بمهابة القضاء قال ويكره تلقين الشاهد
ومعناه ان يقول له اتشهد بكذا وكذا لانه اعانة لاحد الخصمين فيكره كتلقين الخصم
واستحسنه ابو يوسف في غير موضع التهمة لان الشاهد قد يحصر لمهابة المجلس فكان تلقينه
احياء للحق بمنزلة الاشخاص والتكفيل **فصل** في الحبس قال واذا ثبت الحق عند القاضي
وطلب صاحب الحق حبس غريمه لم يعجل بحبسه وامره بدفع ما عليه لان الحبس جزاء المماطلة
فلا بد من ظهورها وهذا اذا ثبت الحق باقراره لانه لم يعرف كونه مماطلا في اول الوهلة
فلعل له طمع في الامهال فلم يستصحب المال فاذا امتنع بعد ذلك حبسه لظهور مطله اما
اذا ثبت بالبينة حبسه كما ثبت لظهور المطل بانكاره قال فان امتنع حبسه في كل
دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده كثمن المبيع او التزمه بعقد كالمهر والكفالة لانه اذا
حصل المال في يده ثبت غناه به واقدامه على التزامه باختياره دليل يساره اذ هو لا
يلتزم الا ما يقدر على ادائه والمراد بالمهر معجله دون مؤجله قال ولا يحبسه فيما سوى
ذلك اذا قال اني فقير الا ان يثبت غريمه ان له مالا فيحبسه لانه لم يوجد دلالة اليسار فيكون
القول قول من عليه وعلى المدعي اثبات غناه ببينة ويروى ان القول لمن عليه الدين في جميع
ذلك لان الاصل هو العسرة ويروى ان القول له الا فيما بدله مال وفي النفقة القول قول الزوج
انه معسر وفي اعتاق العبد المشترك القول للمعتق والمسألتان تؤيدان القولين والتخريج
على ما قال في الكتاب انه ليس بدين مطلق بل هو صلة حتى يسقط النفقة بالموت على الاتفاق

وكذا عند ابي حنيفة ضمان الاعتاق ثم فيما كان القول قول المدعي ان له مالا او ثبت ذلك
بالبينة فيما كان القول قول من عليه يحبسه شهرين او ثلاثة ثم يسأل عنه فالحبس لظهور ظلمه
في الحال وانما يحبسه مدة ليظهر ماله لو كان يخفيه فلا بد ان تمتد المدة ليفيد هذه
الفائدة فقدره بما ذكره ويروى غير ذلك من التقدير بشهر او اربعة الى ستة اشهر والصحيح ان التقدير
مفوض الى راي القاضي لاختلاف احوال الاشخاص فيه قال فان لم يظهر له مال خلى
سبيله يعني بعد مضي المدة لانه استحق النظر الى الميسرة فيكون حبسه بعد ذلك
ظلما ولو قامت البينة على افلاسه قبل المدة تقبل في رواية ولا تقبل في رواية وعلى
الثانية عامة المشايخ قال في الكتاب خلى سبيله ولا يحول بينه وبين غرمائه وهذا كلام
في الملازمة وسنذكره في كتاب الحجر ان شاء الله تعالى وفي الجامع الصغير رجل اقر عند القاضي بالدين فانه
يحبسه ثم يسأل عنه فان كان موسرا ابد حبسه وان كان معسرا خلى سبيله ومراده اذا
اقر عند القاضي وعنده مرة وظهرت مماطلته والحبس اولا ومدته قد بيناه ولو تعليله
قال ويحبس الرجل في نفقة زوجته لانه ظالم بالامتناع ولا يحبس والد في دين ولده
لانه نوع عقوبة فلا يستحقه الولد على والده كالحدود والقصاص قال الا اذا امتنع
من الانفاق عليه لان فيه احياء لولده ولانه لا يتدارك لسقوطها بمضي الزمان **باب كتاب
القاضي الى القاضي** قال ويقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحقوق اذا شهد به
عنده للحاجة على ما نبين فان شهدوا على خصم حكم بالشهادة لوجود الحجة وكتب بحكمه وهو
المدعو سجلا وان شهدوا بغير خصم لم يحكم لان القضاء على الغائب لا يصح وكتب بالشهادة ليحكم
المكتوب اليه بها وهذا هو الكتاب الحكمي وهو نقل الشهادة في الحقيقة ويختص بشرائط
نذكرها ان شاء الله وجوازه لمساس الحاجة لان المدعي قد يتعذر عليه الجمع بين شهوده وخصمه
فاشبه الشهادة على الشهادة وقوله في الحقوق يندرج تحته الدين والنكاح والنسب والمغصوب
والامانة المجحودة والمضاربة المجحودة لان كل ذلك بمنزلة الدين وهو يعرف بالوصف لا يحتاج
فيه الى الاشارة ويقبل في العقار ايضا لان التعريف فيه بالتحديد ولا يقبل في الاعيان
المنقولة للحاجة الى الاشارة وعن ابي يوسف انه يقبل في العبد دون الامة لغلبة الاباق
فيه دونها وعنه انه يقبل فيهما بشرائط تعرف في موضعه وعن محمد يقبل في جميع ما ينقل
وعليه المتأخرون قال ولا يقبل الكتاب الا بشهادة رجلين او رجل وامرأتين
لان الكتاب يشبه الكتاب فلا يثبت الا بحجة تامة وهذا لانه ملزم فلا بد من الحجة بخلاف كتاب
الاستيمان من اهل الحرب لانه ليس بملزم وبخلاف رسول القاضي الى المزكي ورسوله الى القاضي
لان الالزام بالشهادة لا بالتزكية قال ويجب ان يقرا الكتاب عليهم ليعرفوا ما فيه او يعلمهم
به لانه لا شهادة بدون العلم ثم يختمه بحضرتهم ويسلمه اليهم كيلا يتوهم التغيير وهذا عند ابي

حنيفة ومحمد ان علم ما في الكتاب والختم بحضرتهم شرط وكذا حفظ ما في الكتاب عندهما
ولهذا يدفع اليهم كتاب آخر غير مختوم ليكون معهم معاونة على حفظهم وقال ابو يوسف
آخرا شيء من ذلك ليس بشرط والشرط ان يشهدهم ان هذا كتابه وخاتمه وعن ابي يوسف
ان الختم ليس بشرط ايضا فسهل في ذلك لما ابتلي بالقضاء وليس الخبر كالمعاينة واختار شمس الائمة
السرخسي قول ابي يوسف قال واذا وصل الى القاضي لم يقبله الا بحضرة الخصم لانه
بمنزلة اداء الشهادة فلا بد من حضوره بخلاف سماع القاضي الكاتب لانه للنقل لا للحكم
فاذا سلمه الشهود اليه نظر الى ختمه فاذا شهدوا انه كتاب فلان القاضي سلمه الينا في مجلس
حكمه وقراه علينا وختمه فتحه القاضي وقراه على الخصم والزمه ما فيه وهذا عند ابي حنيفة ومحمد
وقال ابو يوسف اذا شهدوا انه كتابه وخاتمه قبله على ما مر ولم يشترط في الكتاب ظهور العدالة
للفتح والصحيح انه يفض الكتاب بعد ظهور العدالة كذا ذكره الخصاف لانه ربما يحتاج الى
زيادة الشهود وانما يمكنهم اداء الشهادة بعد قيام الختم وانما يقبله المكتوب اليه اذا
كان الكاتب على القضاء حتى لو مات او عزل او لم يبق اهلا للقضاء قبل وصول الكتاب اليه
لا يقبله لانه التحق بواحد من الرعايا ولهذا لا يقبل اخباره قاضيا آخر في غير عمله او في غير
عملهما وكذا لو مات المكتوب اليه الا اذا كتب الى فلان بن فلان القاضي ببلد كذا والى
كل من يصل اليه من قضاة المسلمين لان غيره صار تبعا له وهو معرف بخلاف ما اذا كتب ابتداء
الى كل من يصل اليه على ما عليه مشايخنا لانه غير معرف ولو كان مات الخصم ينفذ الكتاب على
وارثه لقيامه مقامه ولا يقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحدود والقصاص لان فيه
شبهة البدلية فصار كالشهادة على الشهادة ولان مبناهما على الاسقاط وفي قبوله سعي
في اثباتهما **فصل آخر** قال ويجوز قضاء المراة في كل شيء الا في الحدود والقصاص اعتبارا
بشهادتها وقد مر الوجه وليس للقاضي ان يستخلف على القضاء الا ان يفوض اليه ذلك لانه قلد
القضاء دون التقليد به فصار كتوكيل الوكيل بخلاف المامور باقامة الجمعة حيث يستخلف
لانه على شرف الفوات لتوقته فكان الامر به اذنا في الاستخلاف دلالة ولا كذلك القضاء
ولو قضى الثاني بمحضر من الاول او قضى الثاني فاجازه الاول جاز كما في الوكالة وهذا
لانه حضره راي الاول وهو الشرط واذا فوض اليه يملكه فيكون الثاني نائبا عن الاصل
واذا رفع الى القاضي حكم حاكم امضاه الا ان يخالف الكتاب او السنة او الاجماع بان يكون
قولا لا دليل عليه وفي الجامع الصغير وما اختلف فيه الفقهاء فقضى به حاكم ثم جاء قاض آخر
يرى غير ذلك امضاه والاصل ان القضاء متى لاقى مجتهدا فيه ينفذ ولا يرده غيره لان
اجتهاد الثاني كاجتهاد الاول وقد ترجح الاول باتصال القضاء به فلا ينقض بما هو دونه
فلو قضى في المجتهد فيه مخالفا لرايه ناسيا لمذهبه نفذ عند ابي حنيفة وان كان عامدا ففيه

فيه

فيه روايتان وجه النفاذ انه ليس بخطأ بيقين وعندهما لا ينفذ في الوجهين لانه قضى
بما هو خطأ عنده وعليه الفتوى ثم المجتهد فيه ان لا يكون مخالفا لما ذكرنا والمراد بالسنة
المشهورة منها وفيما اجتمع عليه الجمهور لا يعتبر مخالفة البعض وذلك خلاف وليس باختلاف
والمعتبر الاختلاف في الصدر الاول قال وكل شيء قضى به القاضي في الظاهر بتحريمه
فهو في الباطن كذلك عند ابي حنيفة وكذا اذا قضى باحلال وهذا اذا كان الدعوى بسبب
معين وهي مسألة قضاء القاضي في العقود والفسوخ بشهادة الزور وقد مر في النكاح قال
ولا يقضي القاضي على غائب الا ان يحضر من يقوم مقامه وقال الشافعي يجوز لوجود الحجة
وهي البينة فظهر الحق ولنا ان العمل بالشهادة لقطع المنازعة ولا منازعة دون
الانكار ولم يوجد لانه يحتمل الاقرار والانكار من الخصم فيشتبه وجه القضاء لان احكامهما
مختلفة ولو انكر ثم غاب وكذلك لان الشرط قيام الانكار وقت القضاء وفيه خلاف ابي
يوسف رحمه الله ومن يقوم مقامه قد يكون بانابته الشرع كالوصي من جهة القاضي وقد
يكون حكما بان كان ما يدعى على الغائب سببا لما يدعيه على الحاضر وهذا في غير صورة في الكتب
اما اذا كان شرطا لحقه فلا معتبر به في جعله خصما عن الغائب وقد عرف تمامه في الجامع
قال ويقرض القاضي اموال اليتامى ويكتب ذكر الحق لان في الاقراض مصلحتهم لبقاء
الاموال محفوظة مضمونة والقاضي يقدر على الاستخراج والكتابة ليحفظه وان اقرض
الوصي ضمن لانه لا يقدر على الاستخراج والاب بمنزلة الوصي في اصح الروايتين لعجزه
عن الاستخراج **باب التحكيم** واذا حكم رجلان رجلا فحكم بينهما ورضيا بحكمه جاز
لان لهما ولاية على انفسهما فيصح تحكيمهما وينفذ حكمه عليهما وهذا اذا كان المحكم بصفة
الحاكم لانه بمنزلة القاضي فيما بينهما فيشترط اهلية القضاء ولا يجوز تحكيم الكافر والعبد
والذمي والمحدود في القذف والفاسق والصبي لانعدام اهلية الشهادة والفاسق
اذا حكم يجوز عندنا كما مر في المولى ولكل واحد من المحكمين ان يرجع ما لم يحكم عليهما
لانه مقلد من جهتهما فلا يحكم الا برضاهما واذا حكم لزمهما لصدور حكمه عن ولاية عليهما
واذا رفع حكمه الى القاضي فوافق مذهبه امضاه لانه لا فائدة في نقضه ثم في ابرامه على
ذلك الوجه وان خالفه ابطله لان حكمه لا يلزمه لعدم التحكيم منه ولا يجوز التحكيم في
الحدود والقصاص لانه لا ولاية لهما على دمهما ولهذا لا يملكان الاباحة قالوا وتخصيص
الحدود والقصاص يدل على جواز التحكيم في سائر المجتهدات وهو صحيح الا انه لا يفتى
به ويقال يحتاج الى حكم المولى دفعا لتجاسر العوام وان حكما في دم خطأ فقضى بالدية على
العاقلة لم ينفذ حكمه لانه لا ولاية له عليهم اذ لا تحكيم من جهتهم ولو حكم على القاتل بالدية
في ماله رده القاضي ويقضي بالدية على العاقلة لانه مخالف لرايه ومخالف للنص ايضا

الا اذا ثبت القتل باقراره لان العاقلة لا تعقله ويجوز ان يسمع البينة ويقضي بالنكول
وكذا بالاقرار لانه حكم موافق للشرع ولو اخبر باقرار احد الخصمين او بعدالة الشهود
وهما على تحكيمهما يقبل قوله لان الولاية قايمة وان اخبر بالحكم لا يقبل لانقضاء الولاية
وحكم الحاكم لابويه وولده وزوجته باطل والمولى والمحكم فيه سواء وهذا لانه لا يقبل شهادته
لهؤلاء لمكان التهمة فكذلك لا يصح القضاء لهم بخلاف ما اذا حكم عليهم لانه يقبل شهادته
عليهم لانتفاء التهمة فكذلك القضا لا يصح القضا لهم ولو حكما رجلين لا بد من اجتماعهما لانه
امر يحتاج فيه الى الراي **مسائل شتى من كتاب القاضي** قال واذا كان علو لرجل وسفل لآخر
فليس لصاحب السفل ان يتد فيه وتدا ولا ان ينقب فيه كوة عند ابي حنيفة معناه بغير رضا
صاحب العلو وقالا يصنع ما لا يضر بالعلو وعلى هذا الخلاف اذا اراد صاحب العلو ان
يبني على علوه وقيل ما حكي عنهما تفسير لقول ابي حنيفة فلا خلاف وقيل الاصل عندهما
الاباحة لانه تصرف في ملكه والملك يقتضي الاطلاق والحرمة بعارض الضرر فاذا اشكل
لم يجز المنع والاصل عنده الحظر لانه تصرف في محل تعلق به حق محترم للغير كحق المرتهن والمستاجر
والاطلاق بعارض فاذا اشكل لا يزول المنع على انه لا يعرى عن نوع ضرر بالعلو من توهين
البناء او نقضه فيمنع عنه قال واذا كانت زايغة مستطيلة وهي غير نافذة فليس
لاهل الزايغة الاولى ان يفتحوا بابا في الزايغة القصوى لان فتحه للمرور ولا حق لهم في المرور
اذ هو لاهلها خصوصا حتى لا يكون لاهل الاولى فيما بيع فيها حق الشفعة بخلاف النافذة
لان المرور فيها حق العامة قيل المنع من المرور لا من فتح الباب لانه رفع جداره والاصح
ان المنع من الفتح لان بعد الفتح لا يمكنه المنع من المرور في كل ساعة ولانه عساه يدعي الحق
في القصوى بتركيب الباب قال وان كانت مستديرة قد لزق طرفاها فلهم ان يفتحوا
لان لكل منهم حق المرور في كلها اذ هي ساحة مشتركة ولهذا يشتركون في الشفعة اذا بيعت
دار منها قال ومن ادعى في دار دعوى وانكرها الذي في يديه ثم صالحه منها فهو جائز
وهي مسالة الصلح على الانكار وسنذكرها في الصلح ان شاء الله والمدعى وان كان مجهولا
فالصلح على معلوم عن مجهول جائز عندنا لانه جهالة في الساقط فلا تفضي الى المنازعة على
ما عرف قال ومن ادعى دارا في يد رجل انه وهبها له في وقت فسئل البينة فقال جحدني
في الهبة فاشتريتها واقام البينة على الشراء قبل الوقت الذي يدعي فيه الهبة لا يقبل بينته
لظهور التناقض اذ هو يدعي الشراء بعد الهبة وهم يشهدون به قبلها ولو شهدوا به بعده
تقبل لوضوح التوفيق ولو كان ادعى الهبة ثم اقام البينة على الشراء قبلها ولم يقل جحدني
في الهبة فاشتريتها لم يقبل ايضا كذا ذكر في بعض النسخ لان دعوى الهبة اقرار منه بالملك
للواهب ودعوى الشراء رجوع منه فعد مناقضا بخلاف ما اذا ادعى الشراء بعد الهبة

لانه يقرر ملكه عندها ومن قال لآخر اشتريت مني هذه الجارية فانكر الآخر ان اجمع البايع على ترك
الخصومة وسعه ان يطاها لان المشتري لما جحد كان فسخا من جهته اذ الفسخ يثبت به كما اذا
تجاحدا فاذا عزم البايع على ترك الخصومة تم الفسخ وبمجرد العزم وان كان لا يثبت الفسخ فقد
اقترن بالفعل وهو امساك الجارية ونقلها وما يضاهيه ولانه لما تعذر استيفاء الثمن من
المشتري فات رضا البايع فيستبد بفسخه ومن اقر انه قبض من فلان عشرة دراهم ثم ادعى انها زيوف
صدق وفي بعض النسخ اقتضى وهو عبارة عن القبض ايضا ووجهه ان الزيوف من جنس الدراهم
الا انها معيبة ولهذا لو تجوز به في الصرف والسلم جاز والقبض لا يختص بالجياد فيصدق
لانه انكر قبض حقه بخلاف ما اذا اقر انه قبض الجياد او حقه او الثمن او استوفى لاقراره
بقبض الجياد صريحا او دلالة فلا يصدق والنبهرجة كالزيوف وفي الستوقة لا يصدق
لانه ليس من جنس الدراهم حتى لو تجوز به فيما ذكرنا لا يجوز والزيف ما زيفه بيت المال
والنبهرجة ما يرده التجار والستوقة ما يغلب عليه الغش ومن قال لآخر لك علي الف درهم
فقال ليس لي عليك شيء ثم قال في مكانه بل لي عليك الف درهم فليس عليه شيء لان
اقراره هو الاول وقد ارتد برد المقر له والثاني دعوى فلا بد من الحجة او تصديق خصمه
بخلاف ما اذا قال اشتريت وانكر له ان يصدقه لان احد العاقدين لا يتفرد بالفسخ كما لا يتفرد
بالعقد والمعنى انه حقهما فبقي العقد فعمل التصديق اما المقر له يتفرد برد الاقرار فافترقا
قال ومن ادعى على آخر مالا فقال ما كان لك علي شيء قط فاقام المدعي البينة على الف
واقام هو البينة على القضاء قبلت بينته وكذلك على الابراء وقال زفر لا تقبل لان القضاء
يتلو الوجوب وقد انكره فيكون مناقضا ولنا ان التوفيق ممكن لان غير الحق قد يقضى
ويبرا منه الا ترى انه يقال قضى بباطل وقد يصالح على شيء فيثبت ثم يقضى وكذا اذا قال
ليس لك علي شيء قط لان التوفيق اظهر ولو قال ما كان لك علي شيء قط ولا اعرفك
لم يقبل بينته على القضاء وكذا على الابراء لتعذر التوفيق لانه لا يكون بين اثنين اخذ واعطاء
وقضاء واقتضاء ومعاملة بدون المعرفة وذكر القدوري انه يقبل ايضا لان المحتجب
او المخدرة قد يؤذى بالشغب على بابه فيامر بعض وكلائه بارضائه ولا يعرفه ثم يعرفه
بعد ذلك فامكن التوفيق ومن ادعى على آخر انه باعه جاريته فقال لم ابعها منك قط
فاقام المشتري البينة على الشراء فوجد بها اصبعا زايدة فاقام البايع البينة انه بري
اليه من كل عيب لم تقبل بينة البايع وعن ابي يوسف انه يقبل اعتبارا بما ذكرنا في
الظاهر ان شرط البراءة تغيير للعقد من اقتضاء وصف السلامة الى غيره فيستدعي وجود
البيع وقد انكره فكان مناقضا بخلاف الدين لانه قد يقضى وان كان باطلا على ما مر
قال ذكر حق كتب في اسفله ومن قام بهذا الذكر الحق فهو ولي ما فيه ان شاء الله

اوكنت في شري فعلي فلان خلاصه ذلك وتسليمه ان شاء الله بطل الذكر كله وهذا
عند ابي حنيفة وقالا ان شاء الله هو على الخلاص وعلى من قام بذكر الحق وقولهما استحسان
ذكره في الاقرار لان الاستثناء انصرف الى ما يليه لان الذكر للاستيثاق وكذا الاصل في
الكلام الاستبداد وله ان الكل كشئ واحد بحكم العطف فيصرف الى الكل كما في الكلمات
المعطوفة مثل قوله عبده حر وامرأته طالق وعليه المشي الى بيت الله ان شاء الله ولو ترك
ولو ترك فرجة قالوا لا يلتحق به ويصير كفاصل السكوت والله اعلم **فصل** في
القضاء بالمواريث واذا مات نصراني فجاءت امرأته مسلمة فقالت اسلمت بعد موته
وقال الورثة اسلمت قبل موته فالقول قول الورثة وقال زفر القول قولها لان
الاسلام حادث فيضاف الى اقرب الاوقات ولنا ان سبب الحرمان ثابت في الحال
فيثبت فيما مضى تحكيما للحال كما في جريان ماء الطاحونة وهذا ظاهر نعتبره للدفع وهي
يعتبرها ذكره للاستحقاق ولو مات المسلم وله امرأة نصرانية فجاءت مسلمة بعد
موته وقالت اسلمت قبل موته وقالت الورثة اسلمت بعد موته فالقول لهم ايضا ولا
يحكم الحال لان الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق وهي محتاجة اليه اما الورثة فهم الدا
فعون ويشهد لهم ظاهر الحدوث ايضا قال ومن مات وله في يد رجل اربعة الاف
درهم وديعة فقال المستودع هذا ابن الميت لا وارث له غيره فانه يدفع اليه المال
لانه اقر ان ما في يده حق الوارث خلافة فصار كما اذا اقر انه حق المورث وهو حي اصالة
بخلاف ما اذا اقر لرجل انه وكيل المودع بالقبض او انه اشتراه منه حيث لا يؤمر بالدفع
اليه لانه اقر بقيام حق المودع اذ هو حي فيكون اقرارا على مال الغير ولا كذلك بعد موته
بخلاف المديون اذا اقر بتوكيل غيره بالقبض لان الديون تقضى بامثالها فيكون
اقرارا على نفسه فيؤمر بالدفع اليه ولو قال المودع لاخر هذا ابنه ايضا وقال الاول
ليس له ابن غيري قضى بالمال للاول لانه لما صح اقراره للاول انقطع يده عن المال فيكون
هذا اقرارا على الاول فلا يصح كما اذا كان الاول ابنا معروفا ولانه حين اقر للاول
لا مكذب له فصح وحين اقر للثاني له مكذب فلم يصح قال واذا قسم الميراث بين
الغرماء فانه لا يؤخذ منهم كفيل ولا من وارث وهذا شيء احتاط به بعض القضاة وهو
ظلم وهذا عند ابي حنيفة وقالا يؤخذ الكفيل والمسألة فيما اذا ثبت الدين والارث
بالشهادة ولم يقل الشهود لا نعلم له وارثا غيره لهما ان القاضي ناظر للغيب والظاهر
ان في التركة وارثا غائبا او غريما غائبا لان الموت يقع بغتة فيحتاط بالكفالة كما اذا
دفع الابق واللقطة الى صاحبه واعطى امرأة الغائب النفقة من ماله ولابي حنيفة
ان حق الحاضر ثابت قطعا او ظاهرا فلا يؤخر لحق موهوم الى زمان التكفيل كمن اثبت

الشرا

الشراء من ذي اليد او اثبت الدين على العبد حتى بيع في دينه لا يكفل ولان المكفول له مجهول
فصار كما اذا كفل لاحد الغرماء بخلاف النفقة لان حق الزوج ثابت وهو معلوم واما الابق
واللقطة ففيه روايتان والاصح انه على هذا الخلاف وقيل ان دفع بعلامة اللقطة او
اقرار العبد يكفل بالاجماع لان الحق غير ثابت ولهذا كان له ان يمتنع وقوله ظلم اي ميل
عن سواء السبيل وهذا يكشف عن مذهبه ان المجتهد يخطئ ويصيب لا كما ظنه البعض قال
واذا كانت الدار في يد رجل فاقام الاخر البينة ان اباه مات وتركها ميراثا بينه وبين اخيه فلان
الغائب قضي له بالنصف وترك النصف الاخر في يد الذي هي في يده ولا يستوثق منه بكفيل
وهذا عند ابي حنيفة وقالا ان كان الذي هي في يده جاحدا اخذ منه وجعل في يد امين وان لم
يجحد ترك في يده لهما ان الجاحد خائن فلا يترك المال في يده بخلاف المقر لانه امين وله
ان القضاء وقع للميت مقصودا واحتمال كونه مختار الميت ثابت فلا ينقض يده كما اذا كان مقرا
وجحوده قد ارتفع بقضاء القاضي والظاهر عدم الجحود في المستقبل لصيرورة الحادثة
معلومة له وللقاضي ولو كانت الدعوى في منقول فقد قيل يؤخذ منه بالاتفاق لانه
يحتاج فيه الى الحفظ والنزع ابلغ فيه بخلاف العقار لانها محصنة بنفسها ولهذا يملك
الوصي بيع المنقول على الكبير الغائب دون العقار وكذا حكم وصي الام والاخ والعم
على الصغير وقيل المنقول على الخلاف ايضا وقول ابي حنيفة فيه اظهر لحاجته الى الحفظ
وانما لا يؤخذ الكفيل لانه انشاء خصومة والقاضي انما نصب لقطعها لا لانشائها واذا
حضر الغائب لا يحتاج الى اعادة البينة ويسلم النصف اليه بذلك القضاء لان احد الورثة
ينتصب خصما عن الباقين فيما يستحق له وعليه دينا كان او عينا لان المقضي له وعليه انما
هو الميت في الحقيقة وواحد من الورثة يصلح خليفة عنه في ذلك بخلاف الاستيفاء على
نفسه فلا يصلح نائبا عن غيره فلهذا لا يستوفي الا نصيبه وصار كما اذا قامت البينة
بدين الميت الا انه انما يثبت استحقاق الكل على احد الورثة اذا كان الكل في يده ذكره في الجامع
لانه لا يكون خصما بدون اليد فيقتصر القضاء على ما في يده ومن قال مالي في المساكين صدقة
فهو على ما فيه الزكاة وان اوصى بثلث ماله فهو على كل شيء والقياس ان يلزمه التصدق
بالكل وبه قال زفر لعموم اسم المال كما في الوصية وجه الاستحسان ان ايجاب العبد معتبر
بايجاب الله تعالى فينصرف ايجابه الى ما اوجب الشارع فيه الصدقة من المال اما الوصية
اخت الميراث لانها خلافة كهي فلا يختص بمال دون مال ولان الظاهر التزام الصدقة من فاضل
ماله وهو مال الزكاة اما الوصية تقع في حال الاستغناء فينصرف الى الكل وتدخل فيه الارض
العشرية عند ابي يوسف لانها سبب الصدقة اذ جهة الصدقة في العشرية راجحة
عنده وعند محمد لا يدخل لانها سبب المؤنة اذ جهة المؤنة راجحة عنده ولا تدخل ارض الخراج

بالاجماع لانه تمحض مؤنة ولو قال ما املكه صدقة في المساكين فقد قيل يتناول كل مال لانه
اعم من لفظ المال والمقيد ايجاب الشرع وهو مختص بلفظ المال فلا مخصص في لفظ الملك
فبقي على العموم والصحيح انهما سواء لان الملتزم باللفظين الفاضل عن الحاجة على ما مر ثم اذا
لم يكن له مال سواه يمسك من ذلك قوته ثم اذا اصاب شيئا تصدق
بمثل ما امسك لان حاجته هذه مقدمة ولم يقدره لاختلاف احوال الناس فيه وقيل المحترف
يمسك قوته ليوم وصاحب الغلة لشهر وصاحب الضياع لسنة على حسب التفاوت في
مدة وصولهم الى المال وعلى هذا صاحب التجارة يمسك بقدر ما يرجع اليه ماله قال
ومن اوصى اليه ولم يعلم بالوصية حتى باع شيئا من التركة فهو وصي والبيع جائز ولا
يجوز بيع الوكيل حتى يعلم وعن ابي يوسف انه لا يجوز في الفصل الاول ايضا لان الوصاية
انابة بعد الموت فيعتبر بالانابة قبله وهي الوكالة ووجه الفرق على الظاهر ان الوصاية
خلافة لاضافتها الى زمان بطلان الانابة فلا يتوقف على العلم كما في تصرف الوارث اما
الوكالة انابة لقيام ولاية المنوب عنه فيتوقف على العلم وهذا لانه لو توقف لا يفوت
النظر لقدرة الموكل وفي الاول يفوت لعجز الموصي ومن اعلمه من الناس بالوكالة يجوز تصرفه
لانه اثبات حق لا الزام وهذا من باب المعاملات قال ولا يكون النهي عن الوكالة
حتى يشهد عنده شاهدان او رجل عدل وهذا عند ابي حنيفة وقالا هو والاول سواء
لانه من المعاملات وبالواحد فيها كفاية وله انه خبر ملزم فيكون شهادة من وجه فيشترط
احد شطريها وهو العدد او العدالة بخلاف الاول وبخلاف رسول الموكل لان عبارته
كعبارة المرسل للحاجة الى الارسال وعلى هذا الخلاف اذا اخبر المولى بجناية عبده والشفيع
والبكر والمسلم الذي لم يهاجر قال واذا باع القاضي او امينه عبدا للغرماء واخذ المال
فضاع واستحق العبد لم يضمن لان امين القاضي قائم مقام القاضي والقاضي مقام
الامام وكل منهم لا يلحقه ضمان كيلا يتقاعد عن قبول هذه الامانة فتضيع الحقوق و
يرجع المشتري على الغرماء لان البيع واقع لهم فيرجع عليهم عند تعذر الرجوع على العاقد
كما اذا كان العاقد محجورا عليه ولهذا يباع بطلبهم وان امر القاضي الوصي ببيعه للغرماء
ثم استحق او مات قبل القبض وضاع المال رجع المشتري على الوصي لانه عاقد نيابة
عن الميت وان كان باقامته عنه فصار كما اذا باعه بنفسه قال ويرجع الوصي على الغرماء
لانه عامل لهم وان ظهر للميت مال يرجع الغريم فيه بدينه قالوا ويجوز ان يقال يرجع
بالمائة التي غرمها ايضا لانه لحقه في امر الميت والوارث اذا بيع له بمنزلة الغريم لانه اذا
لم يكن في التركة دين كان العاقد عاملا له

فصل آخر

واذا قال القاضي قد قضيت
على هذا بالرجم فارجمه او بالقطع فاقطعه او بالضرب فاضربه وسعك ان تفعل وعن محمد انه رجع
عن هذا وقال لا تاخذ بقوله حتى تعاين الحجة لان قوله يحتمل الغلط والخطأ والتدارك عند تعذره غير ممكن
وعلى هذه الرواية لا يقبل كتابه واستحسن المشايخ رحمهم الله هذه الرواية لفساد حال اكثر القضاة
في زماننا الا في كتاب القاضي للحاجة اليه وجه الظاهر انه اخبر عن امر يملك انشاءه فيقبل لخلوه
عن التهمة ولان طاعة اولي الامر واجبة وفي تصديقه طاعته وقال الامام ابو منصور الما
تريدي رضي الله عنه ان كان عدلا عالما يقبل قوله لانعدام تهمة الخطأ والخيانة وان كان
عدلا جاهلا يستفسر فان احسن التفسير وجب تصديقه والا فلا وان كان جاهلا فاسقا او عالما
فاسقا لا يقبل الا ان يعاين سبب الحكم لتهمة الخطأ والخيانة قال واذا عزل القاضي فقال
لرجل اخذت منك الفا ودفعتها الى فلان قضيت بها عليك فقال الرجل اخذتها ظلما
فالقول قول القاضي وكذلك اذا قال قضيت بقطع يدك في حق اذا كان الذي قطعت
يده والذي اخذ منه المال مقرا انه فعل ذلك وهو قاض ووجهه انهما لما توافقا انه
فعل ذلك في قضائه كان الظاهر شاهدا له اذ القاضي لا يقضي بالجور ظاهرا ولا يمين على
القاضي لانه ثبت فعله في قضائه بالتصادق ولا يمين على القاضي ولو اقر القاطع او
الآخذ بما اقر به القاضي لا يضمن ايضا لانه فعله في حالة القضاء ودفع القاضي صحيح كما اذا
كان معاينا ولو زعم المقطوع يده والماخوذ ماله انه فعل قبل التقليد او بعد العزل
فالقول للقاضي ايضا هو الصحيح لانه اسند فعله الى حالة معهودة منافية للضمان
فصار كما اذا قال طلقت او اعتقت وانا مجنون والجنون منه كان معهودا ولو اقر القاطع
والآخذ في هذا الفصل بما اقر به القاضي يضمنان لانهما اقرا بسبب الضمان وقول القاضي
مقبول في دفع الضمان عن نفسه لا في ابطال سبب الضمان على غيره بخلاف الاول لانه ثبت
فعله في قضائه بالتصادق ولو كان المال في يد الآخذ قائما وقد اقر بما اقر به القاضي
والماخوذ منه المال صدق القاضي في انه فعله في قضائه او لم يصدقه يؤخذ منه لانه اقر ان اليد
كانت له فلا يصدق في دعوى تملكه الا بحجة وقول المعزول فيه ليس بحجة

كتاب الشهادات

قال رضي الله عنه الشهادة فرض يلزم الشهود ولا يسعهم كتمانها اذا طالبهم المدعي
لقوله تعالى ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا وقوله تعالى ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها
فانه آثم قلبه وانما يشترط طلب المدعي لانها حقه فيتوقف على طلبه كسائر الحقوق
والشهادة في الحدود يخير فيها الشاهد بين الستر والاظهار لانه بين حسبتين اقامة
الحد والتوقي عن الهتك قال والستر افضل لقوله عليه السلام للذي شهد عنده
لو سترته بثوبك لكان خيرا لك وقال عليه السلام من ستر على مسلم ستر الله عليه في الدنيا
والآخرة وفيما نقل من تلقين الدرء عن النبي عليه السلام واصحابه رضي الله عنهم دلالة ظاهرة
على افضلية الستر الا انه يجب ان يشهد بالمال في السرقة فيقول اخذ احياء لحق المسروق

منه ولا يقول سرق محافظة على الستر ولانه لو ظهرت السرقة وجب القطع والضمان لا يجامع
القطع فلا يحصل احياء حقه قال والشهادة على مراتب منها الشهادة في الزنا يعتبر فيها
اربعة من الرجال لقوله تعالى واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن
اربعة منكم ولقوله تعالى ثم لم يأتوا باربعة شهداء ولا تقبل فيها شهادة النساء لحديث الزهري
مضت السنة من لدن رسول الله عليه السلام والخليفتين من بعده ان لا شهادة للنساء
في الحدود والقصاص ولان فيها شبهة البدلية لقيامها مقام شهادة الرجال فلا تقبل
فيما يندرئ بالشبهات ومنها الشهادة ببقية الحدود والقصاص تقبل فيها شهادة رجلين
لقوله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم ولا يقبل فيها شهادة النساء لما ذكرنا
قال وما سوى ذلك من الحقوق تقبل فيها شهادة رجلين او رجل وامرأتين سواء كان
الحق مالا او غير مال مثل النكاح والطلاق والوكالة والوصية ونحو ذلك وقال الشافعي
لا تقبل شهادة النساء مع الرجال الا في الاموال وتوابعها لان الاصل فيها عدم القبول
لنقصان العقل واختلال الضبط وقصور الولاية فانها لا تصلح للامارة ولهذا لا تقبل
في الحدود ولا تقبل شهادة الاربع منهن وحدهن الا انها قبلت في الاموال ضرورة والنكاح
اعظم خطرا واقل وقوعا فلا يلحق بما هو ادنى خطرا واكثر وجودا ولنا ان الاصل
فيها القبول لوجود ما يبتنى عليه اهلية الشهادة وهو المشاهدة والضبط والاداء
اذ بالاول يحصل العلم للشاهد وبالثاني يبقى وبالثالث يحصل العلم للقاضي ولهذا
يقبل اخبارها في الاخبار ونقصان الضبط بزيادة النسيان انجبر بضم الاخرى اليها
فلم يبق بعد ذلك الا الشبهة فلهذا لا يقبل فيما يندرئ بالشبهات وهذه الحقوق تثبت
مع الشبهات وعدم قبول الاربع على خلاف القياس كيلا يكثر خروجهن قال ويقبل في
الولادة والبكارة والعيوب بالنساء في موضع لا يطلع عليه الرجال شهادة امرأة واحدة
لقوله عليه السلام شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه والجمع المحلى بالالف
واللام يراد به الجنس فيتناول الاقل وهو حجة على الشافعي في اشتراط الاربع ولانه انما
سقطت الذكورة ليخف النظر لان نظر الجنس اخف فكذا يسقط اعتبار العدد الا
ان المثنى والثلاث احوط لما فيه من معنى الالزام ثم حكمها في الولادة شرحناه في الطلاق
واما حكم البكارة فان شهدن انها بكر يؤجل في العنين سنة ويفرق بعدها لانها تأيدت بمؤيد
اذ البكارة اصل وكذا في رد المبيع اذا اشتراها بشرط البكارة فان قلن انها ثيب يحلف البائع
لينضم نكوله الى قولهن والعيب يثبت بقولهن فيحلف البائع واما شهادتهن على استهلال
الصبي لا تقبل عند ابي حنيفة في حق الارث لانه مما يطلع عليه الرجال الا في حق الصلاة لانه
من امور الدين وعندهما يقبل في حق الارث ايضا لانه صوت عند الولادة ولا يحضرها

الرجال

الرجال فصار كشهادتهن على نفس الولادة قال ولا بد في ذلك كله من العدالة ولفظة
الشهادة فان لم يذكر الشاهد لفظة الشهادة وقال اعلم او اتيقن لم يقبل شهادته اما
العدالة فلقوله تعالى ممن ترضون من الشهداء ولقوله تعالى واشهدوا ذوي عدل منكم
ولان العدالة هي المعينة للصدق لان من يتعاطى غير الكذب قد يتعاطاه وعن ابي يوسف رحمه الله
ان الفاسق اذا كان وجيها في الناس ذا مروءة تقبل شهادته لانه لا يستأجر لوجاهته و
يمتنع عن الكذب لمروءته والاول اصح الا ان القاضي لو قضى بشهادة الفاسق يصح عندنا
والمسألة معروفة فاما لفظة الشهادة فلان النصوص نطقت باشتراطها اذ الامر فيها
بهذه اللفظة ولان فيها زيادة توكيد فان قوله اشهد من الفاظ اليمين فكان الامتناع
عن الكذب بهذه اللفظة اشد وقوله في ذلك كله اشارة الى جميع ما تقدم حتى يشترط
العدالة ولفظة الشهادة في شهادة النساء في الولادة وغيرها هو الصحيح لانه شهادة
لما فيه من معنى الالزام حتى اختص بمجلس القضاء ويشترط فيها الحرية والاسلام قال ابو حنيفة
يقتصر الحاكم على ظاهر العدالة في المسلم ولا يسأل حتى يطعن الخصم لقوله عليه السلام المسلمون
عدول بعضهم على بعض الا محدودا في قذف ومثل ذلك عن عمر رضي الله عنه ولان الظاهر
هو الانزجار عما هو محرم دينه وبالظاهر كفاية اذ لا وصول الى القطع الا في الحدود
والقصاص فانه يسأل عن الشهود لانه يحتال لاسقاطها فيشترط الاستقصاء فيها ولان
الشبهة فيها دارئة وان طعن الخصم فيهم سأل عنهم لانه تقابل الظاهران فيسأل طلبا للترجيح
وقال ابو يوسف ومحمد لا بد ان يسأل عنهم في السر والعلانية في سائر الحقوق لان القضاء
مبنية على الحجة وهي شهادة العدول فيتعرف عن العدالة وفيه صون قضائه عن البطلان
وقيل هذا اختلاف عصر وزمان والفتوى على قولهما في هذا الزمان ثم التزكية في السر
ان يبعث المستورة الى المعدل فيها النسب والحلي والمصلى ويردها المعدل كل ذلك في السر
كيلا يظهر فيخدع او يقصد وفي العلانية لا بد ان يجمع بين المعدل والشاهد لتنتفي
شبهة تعديل غيره وقد كانت العلانية وحدها في الصدر الاول ووقع الاكتفاء
بالسر في زماننا تحرزا عن الفتنة ويروى عن محمد تزكية العلانية بلاء وفتنة ثم قيل
لا بد ان يقول المعدل هو عدل جائز الشهادة لان العبد قد يعدل وقيل يكتفي بقوله
هو عدل لان الحرية ثابتة باصل الدار وهذا اصح قال وفي قول من رأى ان يسأل عن
الشهود لم يقبل قول الخصم انه عدل معناه قول المدعى عليه وعن ابي يوسف ومحمد
انه يجوز تزكيته لكن عند محمد يضم تزكية الآخر اليه لان العدد عنده شرط ووجه
الظاهر ان في زعم المدعي وشهوده ان الخصم كاذب في انكاره مبطل في اصراره فلا يصلح
معدلا وموضوع المسألة اذا قال هم عدول صدقة فقد اعترف بالحق قال واذا

كان رسول القاضي الذي يسأل عن الشهود واحد جاز والاثنان افضل عند ابي حنيفة
وابي يوسف وقال محمد لا يجوز الا اثنان والمراد منه المزكي وعلى هذا الخلاف رسول القاضي
الى المزكي والمترجم عن الشاهد له ان التزكية في معنى الشهادة لان ولاية القضاء تبتنى على
ظهور العدالة وهو بالتزكية فيشترط فيه العدد كما يشترط فيه العدالة وتشترط الذكورة في
المزكي في الحدود ولهما انه ليس في معنى الشهادة ولهذا لا يشترط فيه لفظة الشهادة ومجلس القضاء
واشتراط العدد امر حكمي في الشهادة فلا يتعداها ولا يشترط اهلية الشهادة في المزكي في تزكية
السر حتى صلح العبد مزكيا واما في تزكية العلانية فهو شرط وكذا العدد بالاجماع على ما قاله الخصاف
لاختصاصها بمجلس القضاء قالوا يشترط الاربعة في تزكية شهود الزنا عند محمد فصل
وما يتحمله الشاهد على ضربين احدهما ما يثبت حكمه بنفسه مثل البيع والاقرار والغصب
والقتل وحكم الحاكم فاذا سمع ذلك الشاهد او رآه وسعه ان يشهد به وان لم يشهد عليه
لانه علم ما هو الموجب بنفسه وهو الركن في اطلاق الاداء قال الله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون
وقال النبي عليه السلام اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فدع قال ويقول اشهد
انه باع ولا يقول اشهدني لانه كذب ولو سمع من وراء الحجاب لا يجوز له ان يشهد ولو
فسر للقاضي لا يقبله لان النغمة تشبه النغمة الا اذا كان دخل البيت وعلم انه ليس فيه احد
سواه ثم جلس على الباب وليس للبيت مسلك غيره فسمع اقرار الداخل ولا يراه لانه يحصل العلم
في هذه الصورة ومنه ما لا يثبت حكمه بنفسه مثل الشهادة على الشهادة فاذا سمع
شاهدا يشهد بشيء لم يجز ان يشهد على شهادته الا ان يشهده لان الشهادة غير موجبة
بنفسها وانما تصير موجبة بالنقل الى مجلس القضاء فلا بد من الانابة والتحميل ولم يوجد
وكذا لو سمعه يشهد الشاهد على شهادته لم يسع للسامع ان يشهد لانه ما حمله وانما حمل
غيره قال ولا يحل للشاهد اذا رأى خطه ان يشهد الا ان يتذكر الشهادة لان
الخط يشبه الخط فلم يحصل العلم قيل هذا قول ابي حنيفة وعندهما يحل له ان يشهد
وقيل هذا بالاتفاق وانما الخلاف فيما اذا وجد القاضي شهادة في ديوانه او قضيته
لان ما يكون في قمطره فهو تحت ختمه يؤمن عليه من الزيادة والنقصان
فحصل له العلم ولا كذلك الشهادة في الصك لانه في يد غيره وعلى هذا اذا ذكر المجلس الذي
كانت فيه الشهادة او اخبره قوم ممن يثق به انا شهدنا نحن وانت قال ولا
يجوز للشاهد ان يشهد بشيء لم يعاينه الا النسب والموت والنكاح والدخول
وولاية القاضي فانه يسعه ان يشهد بهذه الاشياء اذا اخبره بها من يثق به وهذا استحسان والقياس
ان لا يجوز لان الشهادة مشتقة من المشاهدة وذلك بالعلم ولم يحصل فصار كالبيع
وجه الاستحسان ان هذه امور يختص بمعاينة اسبابها خواص من الناس ويتعلق بها

احكام

احكام تبقى على انقضاء القرون فلو لم تقبل فيها الشهادة بالتسامع ادى الى الحرج وتعطيل
الاحكام بخلاف البيع لانه يسمعه كل احد وانما يجوز للشاهد ان يشهد بالاشتهار وذلك
بالتواتر او باخبار من يثق به كما قال في الكتاب ويشترط ان يخبره رجلان عدلان او رجل
وامرأتان ليحصل له نوع علم وقيل في الموت يكتفى باخبار واحد او واحدة لانه قلما يشاهد
حاله غير الواحد اذ الانسان يهابه ويكرهه فيكون في اشتراط العدد بعض الحرج ولا كذلك
النسب والنكاح وينبغي ان يطلق اداء الشهادة اما اذا فسر للقاضي انه يشهد بالتسامع
لم تقبل شهادته كما ان معاينة اليد في الاملاك تطلق الشهادة ثم اذا فسر لم تقبل كذا
هذا ولو رأى انسانا جلس مجلس القضاء يدخل عليه الخصوم حل له ان يشهد على كونه قاضيا
وكذا اذا رأى رجلا وامرأة يسكنان بيتا وينبسط كل واحد منهما الى الآخر انبساط الازواج
كما اذا رأى عينا في يد غيره ومن شهد انه شهد دفن فلان او صلى على جنازته فهو معاينة حتى
لو فسر للقاضي قبله ثم قصر الاستثناء في الكتاب على هذه الاشياء ينفي اعتبار التسامع
في الولاء والوقف وعن ابي يوسف آخرا انه يجوز في الولاء لانه بمنزلة النسب وعن محمد انه يجوز
في الوقف لانه يبقى على مر الاعصار الا انا نقول الولاء يبتنى على زوال الملك ولا بد فيه
من المعاينة فكذا فيما يبتنى عليه فاما الوقف فالصحيح انه تقبل الشهادة بالتسامع
في اصل الوقف دون شرائطه لان اصله هو الذي يشتهر قال ومن كان في يده شيء
سوى العبد والامة وسعك ان تشهد انه له لان اليد اقصى ما يستدل به على الملك
اذ هي مرجع الدلالة في الاسباب كلها فيكتفى بها وعن ابي يوسف انه يشترط مع ذلك
ان يقع في قلبه انه له قالوا ويحتمل ان يكون هذا تفسيرا لاطلاق محمد في الرواية وقال
الشافعي دليل الملك اليد مع التصرف وبه قال بعض مشايخنا لان اليد متنوعة
الى انابة وملك قلنا والتصرف يتنوع ايضا الى نيابة واصالة ثم ان عاين المالك
والملك حل له ان يشهد وكذا اذا عاين الملك بحدوده دون المالك استحسانا لان
النسب يثبت بالتسامع وان لم يعاينهما او عاين المالك دون الملك لا يحل واما العبد
والامة فان كان يعرف انهما رقيقان فكذلك لان الرقيق لا يكون في يد نفسه وان كان
لا يعرف انهما رقيقان الا انهما صغيران لا يعبران عن انفسهما فكذلك لانه لا يد لهما وان
كانا كبيرين فذلك مصرف الاستثناء لان لهما يدا على انفسهما فتدفع يد الغير عنهما فانعدم
دليل الملك وعن ابي حنيفة انه يحل له ان يشهد فيهما ايضا اعتبارا بالثياب والفرق
ما بيناه

باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل

قال ولا تقبل شهادة الاعمى وقال زفر
وهو رواية عن ابي حنيفة انه تقبل فيما يجري فيه التسامع لان الحاجة فيه الى السماع ولا خلل
وقال ابو يوسف والشافعي يجوز اذا كان بصيرا وقت التحمل لحصول العلم بالمعاينة والاداء

ولا خلل وقال ابو يوسف والشافعي يجوز اذا كان بصيرا وقت التحمل لحصول العلم
والادا يختص بالقول ولسانه غير موف والتعريف يحصل بالنسبة كما في الشهادة على
الميت ولنا ان الاداء يفتقر الى التمييز بالاشارة بين المشهود له والمشهود عليه
ولا يميز الاعمى الا بالنغمة وفيه شبهة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود والنسبة لتعريف
الغايب دون الحاضر وصار كالحدود والقصاص ولو عمي بعد الاداء يمتنع القضا
عند ابي حنيفة ومحمد لان قيام اهلية الشهادة شرط وقت القضا لصيرورتها حجة
عنده وصار كما اذا خرس او جن او فسق بخلاف ما اذا ماتوا او غابوا لان الاهلية
بالموت انتهت وبالغيبة ما بطلت قال ولا المملوك لان الشهادة من باب
الولاية وهو لا يلي نفسه فاولى ان لا يثبت له الولاية على غيره قال ولا المحدود
في قذف وان تاب لقوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا ولانه من تمام الحد
لكونه مانعا فيبقى بعد التوبة كاصله بخلاف المحدود في غير القذف لان الرد
للفسق وقد ارتفع بالتوبة وقال الشافعي تقبل اذا تاب لقوله تعالى الا الذين
تابوا استثنى التايب قلنا الاستثنا ينصرف الى ما يليه وهو قوله تعالى واولئك
هم الفاسقون او هو استثنا منقطع بمعنى لكن ولو حد الكافر في قذف ثم اسلم
تقبل شهادته لان للكافر شهادة فكان ردها من تمام الحد وبالاسلام حدثت شهادة
اخرى بخلاف العبد اذا حد ثم اعتق لانه لا شهادة للعبد اصلا فتمام حده برد شهادته
بعد العتق قال ولا شهادة الوالد لولده وولد ولده ولا شهادة الولد لابويه
واجداده والاصل فيه قوله عليه السلام لا تقبل شهادة الولد لوالده ولا الوالد لولده
ولا المراة لزوجها ولا الزوج لامراته ولا العبد لسيده ولا المولى لعبده ولا الاجير
لمن استاجره ولان المنافع بين الاولاد والابا متصلة ولهذا لا يجوز اداء الزكوة
اليهم فيكون شهادة لنفسه من وجه او يتمكن فيه التهمة قال رضي الله عنه والمراد
بالاجير على ما قالوا التلميذ الخاص الذي يعد ضرر استاده ضرر نفسه ونفعه نفع
نفسه وهو معنى قوله عليه السلام لا شهادة للقانع باهل البيت وقيل المراد
الاجير مسانهة او مشاهرة فيستوجب الاجر بمنافعه عند اداء الشهادة فيصير
كالمستاجر عليها قال ولا تقبل شهادة احد الزوجين للاخر وقال الشافعي
يقبل لان الاملاك بينهما متميزة والايدي متحيزة ولهذا يجري القصاص والحبس
بالدين بينهما ولا معتبر بما فيه من النفع لثبوته ضمنا كما في الغريم اذا شهد لمديونه
المفلس ولنا ما روينا ولان الانتفاع متصل عادة وهو المقصود فيصير شاهدا
لنفسه من وجه او يصير متهما بخلاف شهادة الغريم لانه لا ولاية له على المشهود به

ولا شهادة المولى لعبده لانه شهادة لنفسه من كل وجه اذا لم يكن على العبد دين
او من وجه اذا كان عليه دين لان الحال موقوف مراعى قال ولا لمكاتبه لما قلنا ولا
الشريك لشريكه فيما هو من شركتهما لانه شهادة لنفسه من وجه لاشتراكهما ولو شهد
بما ليس من شركتهما يقبل لانتفاء التهمة قال وتقبل شهادة الاخ لاخيه وعمه لانعدام
التهمة لان الاملاك ومنافعها متباينة ولا بسوطة لبعضهم في مال البعض قال
ولا تقبل شهادة مخنث ومراده المخنث في الردي من الافعال لانه فاسق فاما الذي
في كلامه لين وفي اعضائه تكسر فهو مقبول الشهادة قال ولا نائحة ولا مغنية
لانهما يرتكبان محرما فانه عليه السلام نهى عن الصوتين الاحمقين النائحة والمغنية
ولا مدمن الشرب على اللهو لانه ارتكب محرم دينه ولا من يلعب بالطيور لانه يورث
غفلة ولانه قد يقف على عورات النسا بصعود سطحه ليطير طيره وفي بعض النسخ
ولا من يلعب بالطنبور وهو المغني قال ولا من يغني للناس لانه يجمع الناس على
ارتكاب كبيرة قال ولا من ياتي بابا من الكباير التي يتعلق بها الحد للفسق قال
ولا من يدخل الحمام من غير ميزر لان كشف العورة حرام قال او ياكل الربوا او المقامر
بالنرد والشطرنج لان كل ذلك من الكباير وكذلك من تفوته الصلوة للاشتغال بهما
فاما مجرد اللعب بالشطرنج فليس بفسق مانع من الشهادة لان للاجتهاد فيه مساغا
وشرط في الاصل ان يكون اكل الربوا مشهورا به لان الانسان قلما ينجو عن مباشرة
العقود الفاسدة وكل ذلك ربوا قال ولا من يفعل الافعال المستحقرة كالبول
على الطريق والاكل على الطريق لانه تارك للمروة واذا كان لا يستحي عن مثل ذلك لا
يمتنع عن الكذب فيتهم ولا يقبل شهادة من يظهر سب السلف لظهور فسقه بخلاف
من يكتمه وتقبل شهادة اهل الاهواء الا الخطابية وقال الشافعي لا تقبل لانه اغلظ وجوه الفسق
ولنا انه فسق من حيث الاعتقاد وما اوقعه فيه الا تدينه به وصار كمن يشرب المثلث
او ياكل متروك التسمية مستبيحا لذلك بخلاف الفسق من حيث التعاطي اما الخطابية
فهم من غلاة الروافض يعتقدون الشهادة لكل من حلف عندهم وقيل يرون
الشهادة لشيعتهم واجبة فيتمكن التهمة في شهادتهم وتقبل شهادة اهل الذمة بعضهم
على بعض وان اختلفت مللهم وقال مالك والشافعي رحمهما الله لا تقبل لانه فاسق
قال تعالى والكافرون هم الظالمون فيجب التوقف في خبره ولهذا لا تقبل
شهادته على المسلم وصار كالمرتد ولنا ما روي ان النبي عليه السلام اجاز شهادة النصارى
ولانه من اهل الولاية على نفسه واولاده الصغار فيكون من اهل الشهادة على جنسه
والفسق من حيث الاعتقاد غير مانع لانه يجتنب ما يعتقده محرم دينه والكذب محظور

الاديان كلها بخلاف المرتد لانه لا ولاية له وبخلاف شهادة الذمي على المسلم لانه لا ولاية
له بالاضافة اليه ولانه يتقول عليه لانه يغيظه قهره اياه وملل الكفر وان اختلفت فلا
قهر فلا يحملهم الغيظ على التقول ولا يقبل شهادة الحربي على الذمي اراد به والله اعلم
المستامن لانه لا ولاية له عليه لان الذمي من اهل دارنا وهو اعلى حالا منه ويقبل شهادة
الذمي عليه كشهادة المسلم عليه وعلى الذمي ويقبل شهادة المستامنين بعضهم على بعض
اذا كانوا من اهل دار واحد فان كانوا من دارين كالروم والترك لا تقبل لان اختلاف
الدارين يقطع الولاية ولهذا يمنع التوارث بخلاف الذمي لانه من اهل دارنا ولا كذلك
المستامن قال وان كانت الحسنات اغلب من السيئات والرجل يجتنب الكبائر
قبلت شهادته وان الم بمعصية هذا هو الصحيح في حد العدالة المعتبرة اذ لا بد من
توقي الكبائر كلها وبعد ذلك يعتبر الغالب كما ذكرنا فاما الالمام بمعصية لا يقدح به
العدالة المشروطة فلا ترد الشهادة المشروعة لان في اعتبار اجتنابه الكل سد بابه
وهو مفتوح احيا للحقوق قال وتقبل شهادة الاقلف لانه لا يخل بالعدالة
الا اذا تركه استخفافا بالدين لانه لم يبق بهذا الصنع عدلا قال والخصي لان
عمر رضي الله عنه قبل شهادة علقمة الخصي ولانه قطع عضو منه ظلما فصار كما اذا قطعت
يده وولد الزنا لان فسق الابوين لا يوجب فسق الولد ككفرهما وقال مالك لا
تقبل في الزنا لانه يحب ان يكون غيره كمثله فيتهم قلنا العدل لا يختار ذلك ولا
يستحبه والكلام في العدل وشهادة الخنثى جائزة لانه رجل او امراة وشهادة الجنسين
مقبولة بالنص وشهادة العمال جائزة والمراد عمال السلطان عند عامة المشايخ
لان نفس العمل ليس بفسق الا اذا كانوا اعوانا على الظلم وقيل العامل اذا كان وجيها
في الناس ذا مروة لا يجازف في كلامه يقبل شهادته كما مر عن ابي يوسف في الفاسق
لانه لوجاهته لا يقدم على الكذب حفظا للمروة ولمهابته لا يستاجر على الشهادة الكاذبة
واذا شهد الرجلان ان اباهما اوصى الى فلان والوصي يدعي ذلك فهو جائز استحسانا
وان انكر الوصي لم يجز وفي القياس لا يجوز وان ادعى وعلى هذا
اذا شهد الموصى لهما بذلك او غريمان لهما على الميت او للميت عليهما دين او شهد
الوصيان انه اوصى الى هذا الرجل معهما وجه القياس انها شهادة للشاهد
يعود المنفعة اليه وجه الاستحسان ان للقاضي ولاية نصب الوصي اذا كان طالبا
والموت معروف فيكفي القاضي بهذه الشهادة مؤنة التعيين لا ان يثبت بها شيئا
كالقرعة والوصيان اذا اقرا ان معهما ثالثا يملك القاضي نصب ثالث معهما لعجزهما
عن التصرف باعترافهما بخلاف ما اذا انكرا او لم يعرف الموت لانه ليس له ولاية نصب الوصي

فيكون

فيكون الشهادة هي الموجبة وفي الغريمين للميت عليهما دين يقبل الشهادة وان لم يكن الموت معروفا
لانهما يقران على انفسهما فيثبت الموت باعترافهما في حقهما وان شهدا ان اباهما الغايب وكله
بقبض ديونه بالكوفة فادعى الوكيل او انكر لا يقبل شهادتهما لان القاضي لا يملك نصب
الوكيل عن الغايب فلو ثبت انما يثبت بشهادتهما وهي غير موجبة لمكان التهمة ولا يسمع القاضي
الشهادة على جرح ولا يحكم بذلك لان الفسق مما لا يدخل تحت الحكم لان له الدفع بالتوبة
فلا يتحقق الالزام ولان فيه هتك السر والستر واجب الا اذا شهدوا على اقرار المدعي بذلك
لان الاقرار مما يدخل تحت الحكم قال ولو اقام رجل على المدعي عليه البينة ان المدعي استاجر
الشهود لم يقبل لانه شهادة على جرح مجرد والاستيجار وان كان امرا زايدا عليه فلا خصم في
اثباته حتى لو اقام المدعى عليه البينة ان المدعي استاجر الشهود بعشرة دراهم ليؤدوا
الشهادة واعطاهم العشرة من مالي الذي كان في يده يقبل لانه خصم في ذلك ثم يثبت الجرح
بناء عليه وكذا اذا اقامها على اني صالحت الشهود على كذا من المال ودفعته اليهم على ان لا يشهدوا
علي بهذا الباطل وقد شهدوا ورد ذلك المال ولهذا قلنا انه لو اقام البينة ان الشاهد
عبد او محدود في قذف او شارب خمر او قاذف او شريك المدعي يقبل ومن شهد
ولم يبرح حتى قال اوهمت بعض شهادتي فان كان عدلا جازت شهادته ومعنى قوله
اوهمت اي اخطات بنسيان ما قد كان يحق علي ذكره او بزيادة كانت باطلة ووجهه
ان الشاهد قد يبتلى بمثله لمهابة مجلس القضاء فكان العذر واضحا فيقبل اذا تداركه
في اوانه وهو عدل بخلاف ما اذا قام عن المجلس ثم عاد وقال اوهمت لانه يوهم الزيادة
من المدعي بتلبيس وخيانة فوجب الاحتياط ولان المجلس اذا اتحد لحق الملحق باصل الشهادة
فصار ككلام واحد ولا كذلك اذا اختلف وعلى هذا اذا وقع الغلط في بعض الحدود
او في بعض النسب وهذا اذا كان موضع شبهة فاما اذا لم يكن فلا باس باعادة الكلام
اصلا مثل ان يدع لفظة الشهادة وما يجري مجرى ذلك وان قام عن المجلس بعد ان يكون
عدلا عن ابي حنيفة وابي يوسف انه يقبل قوله في غير المجلس اذا كان عدلا والظاهر ما
...ب الاختلاف في الشهادة قال الشهادة اذا وافقت الدعوى قبلت
... تقبل لان تقدم الدعوى في حقوق العباد شرط قبول الشهادة وقد
...تا وانعدمت فيما يخالفها ويعتبر اتفاق الشاهدين في اللفظ والمعنى
... واحدهما بالالف والاخر بالفين لم تقبل الشهادة عنده
... اذا كان المدعي يدعي الالفين وعلى هذا المائة والمائتان والطلقة
...لهما انهما اتفقا على الالف او الطلقة وتفرد احدهما
... ما تفرد به احدهما وصار كالالف والالف وخمسمائة

ولابي حنيفة انهما اختلفا لفظا وذلك يدل على اختلاف المعنى لانه يستفاد باللفظ وهذا
لان الالف لا يعبر به عن الالفين بل هما جملتان متباينتان فحصل على كل واحد منهما شاهد واحد
فصار كما اذا اختلف جنس المال وان شهد احدهما بالالف والآخر بالف وخمسمائة و
المدعي يدعي الفا وخمسمائة قبلت الشهادة على الالف لاتفاق الشاهدين عليها لفظا ومعنى
لان الالف والخمسمائة جملتان عطفت احديهما على الاخرى والعطف يقرر الاول ونظيره
الطلقة والطلقة والنصف والمائة والمائة والخمسون بخلاف العشرة والخمسة عشر لانه ليس بينهما
حرف العطف وهو نظير الالف والالفين وان قال المدعي لم يكن لي الا الالف فشهادة
الذي شهد بالالف والخمسمائة باطلة لانه كذبه المدعي في المشهود به وكذا اذا سكت
الا عن دعوى الالف لان التكذيب ظاهر فلا بد من التوفيق ولو قال كان اصل حقي الفا
وخمسمائة ولكني استوفيت خمسمائة او ابرأته قبلت لتوفيقه قال وان شهدا بالالف
وقال احدهما قضاه خمسمائة قبلت شهادتهما بالالف لاتفاقهما عليه ولم يسمع قوله
انه قضاه لانه شهادة فرد الا ان يشهد معه آخر وعن ابي يوسف انه يقضي بخمسمائة لان شاهد
القضاء مضمون شهادته ان لا دين الا خمسمائة وجوابه ما قلناه قال وينبغي للشاهد
اذا علم بذلك ان لا يشهد بالف حتى يقر المدعي انه قبض خمسمائة كيلا يصير معينا على الظلم
وفي الجامع الصغير رجلان شهدا على رجل بقرض الف درهم فشهد احدهما انه قد قضاها
فالشهادة جائزة على القرض لاتفاقهما عليه وتفرد احدهما بالقضاء على ما بيناه وذكر
الطحاوي عن اصحابنا انه لا يقبل وهو قول زفر لان المدعي اكذب شاهد القضاء قلنا
هذا اكذاب في غير المشهود به الاول وهو القرض ومثله لا يمنع القبول واذا شهد
شاهدان انه قتل زيدا يوم النحر بمكة وشهد آخران انه قتله يوم النحر بالكوفة و
اجتمعوا عند الحاكم لم يقبل الشهادتين لان احديهما كاذبة بيقين وليست احديهما باولى
من الاخرى فان سبقت احديهما وقضى بها ثم حضرت الاخرى لم تقبل لان الاولى
ترجحت باتصال القضاء بها فلا تنتقض بالثانية واذا شهدا على رجل انه سرق بقرة واختلفا
في لونها قطع وان قال احدهما بقرة وقال الآخر ثورا لم يقطع وهذا عند ابي حنيفة
وعندهما لا يقطع في الوجهين جميعا وقيل الاختلاف في لونين يتشابهان
والحمرة لا في السواد والبياض وقيل الاختلاف في جميع الالوان لهما
في السواد غيرها في البياض فلم يتم على كل واحد نصاب الشهادة و
لانه امر الحد اهم فصار كالذكورة والانوثة وله ان التو
من بعيد واللونان يتشابهان او يجتمعان في واحد
بيصره والبياض من الجانب الآخر والآخر يشاهده

على قريب منه والذكورة والانوثة لا يجتمعان في واحدة وكذا الوقوف على ذلك بالقرب
منه فلا يشتبه ومن شهد لرجل انه اشترى عبد فلان بالف وشهد آخر انه اشترى بالف
وخمسمائة فالشهادة باطلة لان المقصود اثبات السبب وهو العقد ويختلف باختلاف
الثمن فاختلف المشهود به ولم يتم العدد على كل واحد ولان المدعي يكذب احد شاهديه
وكذا اذا كان المدعي هو البائع ولا فرق بين ان يدعي المدعي اقل المالين او اكثرهما لما بينا
وكذلك الكتابة لان المقصود هو العقد ان كان المدعي هو العبد فظاهر وكذا اذا كان
هو المولى لان العتق لا يثبت قبل الاداء فكان المقصود اثبات السبب وكذا الخلع
والاعتاق على مال والصلح عن دم العمد ان كان المدعي هو المرأة والعبد والقاتل
لان المقصود اثبات العقد والحاجة ماسة اليه وان كانت الدعوى من جانب الآخر فهو
بمنزلة دعوى الدين فيما ذكرنا من الوجه لانه يثبت العفو والعتق والطلاق باعتراف
صاحب الحق فيبقى الدعوى في الدين وفي الرهن ان كان المدعي هو الراهن لا يقبل لانه
لا حظ له في الرهن فعريت الشهادة عن الدعوى وان كان المرتهن فهو بمنزلة دعوى الدين
وفي الاجارة اذا كان ذلك في اول المدة فهو نظير البيع وان كان بعد مضي المدة و
المدعي هو الآجر فهو دعوى الدين فاما النكاح فانه يجوز بالف استحسانا وقال ابو
يوسف ومحمد هذا باطل في النكاح ايضا وذكر في الامالي قول ابي يوسف مع قول
ابي حنيفة لهما ان هذا اختلاف في العقد لان المقصود من الجانبين السبب فاشبه البيع
ولابي حنيفة ان المال في النكاح تابع والاصل فيه الحل والازدواج والملك ولا اختلاف
فيما هو الاصل فيثبت ثم اذا وقع الاختلاف في التبع يقضى بالاقل لاتفاقهما عليه
ويستوي دعوى اقل المالين واكثرهما في الصحيح ثم قيل الاختلاف فيما اذا كانت
المرأة هي المدعية وفيما اذا كان المدعي هو الزوج اجماع انه لا يقبل لان مقصودها قد
يكون المال ومقصوده ليس الا العقد وقيل الاختلاف في الفصلين وهو الاصح
والوجه ما ذكرنا **فصل في الشهادة على الارث** ومن اقام البينة على دار انها
كانت لابيه اعارها او اودعها الذي هي في يده فانه ياخذها ولا يكلف
البينة انه مات وتركها ميراثا له واصله انه متى ثبت ملك المورث لا يقضى للوارث
حتى يشهد الشهود انه مات وتركها ميراثا عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف
هو يقول ان ملك الوارث ملك المورث فصارت الشهادة بالملك للمورث شهادة
وهما يقولان ان ملك الوارث متجدد في حق العين حتى يجب عليه الاستبراء
ويحل للوارث الغني ما كان صدقة على المورث الفقير فلا بد من
الشهادة على قيام ملك المورث وقت الموت لثبوت الانتقال

ضرورة وكفا على قيام يده على ما نذكره وقد وجدت الشهادة على اليد في مسئلة الكتاب لان
يد المستعير والمودع والمستاجر قايمة مقام يده فاغنى ذلك عن الجر والنقل قال وان شهدوا
انها كانت في يد فلان مات وهي في يده جازت الشهادة لان اليد يتقلب عند الموت
يتقلب يد ملك بواسطة الضمان والامانة تصير مضمونة بالتجهيل فصار بمنزلة الشهادة
على قيام ملكه وقت الموت وان قالوا لرجل حي نشهد انها كانت في يد المدعي منذ اشهر
لم تقبل وعن ابي يوسف انها تقبل لان اليد مقصودة كالملك ولو شهدوا انها كانت
ملكه تقبل فكذا هذا وصار كما اذا شهدوا انه اخذ من المدعي وجه الظاهر وهو قولهما
ان الشهادة قامت بمجهول لان اليد منقضية وهي متنوعة الى ملك وامانة وضمان
فتعذر القضا باعادة المجهول بخلاف الملك لانه معلوم غير مختلف وبخلاف الاخذ لانه
معلوم وحكمه معلوم وهو وجوب الرد ولان يد ذي اليد معاين ويد المدعي مشهود به
وليس الخبر كالمعاينة قال وان اقر بذلك المدعى عليه دفعت اليه لان المشهود به
هاهنا الاقرار وهو معلوم

باب الشهادة على الشهادة

قال الشهادة على
الشهادة جايزة في كل حق لا يسقط بالشبهة وهذا استحسان لشدة الحاجة اليها
اذ شاهد الاصل قد يعجز عن ادا الشهادة لبعض العوارض فلو لم يجز الشهادة على الشهادة
ادى الى توا الحقوق ولهذا جوزنا الشهادة على الشهادة وان كثرت الا ان فيها شبهة
من حيث البدلية او من حيث ان فيها زيادة احتمال وقد امكن الاحتراز عنه بجنس الشهود
فلا تقبل فيما يندري بالشبهات كالحدود والقصاص ويجوز شهادة شاهدين على شهادة
شاهدين وقال الشافعي لا يجوز الا الاربع على كل اصل اثنان لان كل شاهدين قايمان
مقام واحد فصار كالمرأتين ولنا قول علي رضي الله عنه لا يجوز على شهادة رجل الا شهادة
رجلين ولان نقل شهادة الاصل من الحقوق فهما شهدا بحق ثم شهدا بحق آخر فتقبل
ولا تقبل شهادة واحد على شهادة واحد لما روينا وهو حجة على مالك ولان نحو من الحقوق
فلا بد من نصاب الشهادة قال وصفة الاشهاد ان يقول شاهد الاصل لشاهد
الفرع اشهد على شهادتي اني اشهد ان فلان بن فلان اقر عندي بكذا واشهدني على نفسه
لان الفرع كالنايب عنه فلا بد من التحميل والتوكيل على ما مر ولا بد ان يشهد كما يشهد
عند القاضي لينقله الى مجلس القضا وان لم يقل اشهدني على نفسه جاز لان من سمع
اقرار غيره حل له الشهادة وان لم يقل له اشهد ويقول شاهد الفرع عند الاد[ا]
اشهد ان فلانا اشهدني على شهادته ان فلانا اقر عنده بكذا وقال لي اشهد على
شهادتي بذلك لانه لا بد من شهادته وذكر شهادة الاصل وذكر [التحميل ... و]
اطول من هذا واقصر منه وخير الامور اوساطها ومن قال [...]

لم يشهد عنده بشهادة الفروع والاصول جميعا حتى اشتركوا في الضمان عند الرجوع
وكذا عندهما لانه لا بد من نقل شهادة الاصول ليصير حجة فيظهر تحميل ما هو حجة
ولا تقبل شهادة شهود الفرع الا ان يموت شهود الاصل او يغيبوا مسيرة ثلاثة ايام
فصاعدا او يمرضوا مرضا لا يستطيعون حضور مجلس الحاكم لان جوازها للحاجة
وانما تتبين عند عجز الاصل وبالعجز يثبت بهذه الاشيا وانما اعتبرنا السفر لان
المعجز بعد المسافة ومدة السفر بعيدة حكما حتى ادير عليها عدة من الاحكام فكذا
سبيل هذا الحكم وعن ابي يوسف انه ان كان في مكان لو غدا لاداء الشهادة
لا يستطيع ان يبيت في اهله صح الاشهاد احيا للحقوق قالوا الاول احسن
والثاني ارفق وبه اخذ الفقيه ابو الليث رحمه الله قال فان عدل شهود الاصل
شهود الفرع جاز لانهم من اهل التزكية وكذا اذا شهد شاهدان فعدل احدهما
الآخر صح لما قلنا غاية الامر ان فيه منفعة من حيث القضا بشهادته لكن العدل
لا يتهم بمثله كما لا يتهم في شهادة نفسه كيف وان قوله مقبول في نفسه وان
ردت شهادة صاحبه فلا تهمة وان سكتوا عن تعديلهم جاز وينظر القاضي في
حالهم وهذا عند ابي يوسف وقال محمد لا يقبل لانه لا شهادة الا بالعدالة
فاذا لم يعرفوها لم ينقلوا الشهادة فلا تقبل ولابي يوسف ان الماخوذ عليهم
النقل دون التعديل لانه قد يخفى عليهم واذا نقلوا يتعرف القاضي العدالة كما
اذا حضروا بانفسهم وشهدوا قال وان انكر شهود الاصل الشهادة لم [تقبل]
شهادة شهود الفرع لان التحميل لم يثبت للتعارض بين الخبرين وهو شرط
قال واذا شهد رجلان على شهادة رجلين على فلانة بنت فلان الفلانية
وقالا اخبرانا انهما يعرفانها فجي بامراة وقالا لا ندري اهي هذه ام لا فانه يقال
للمدعي هات شاهدين يشهدان انها فلانة لان الشهادة على المعرفة بالنسبة
قد تحققت والمدعي يدعي الحق على الحاضرة ولعلها غيرها فلا بد من تعريفها بتلك
نظيره هذا اذا تحملوا الشهادة ببيع محدود بذكر حدودها وشهدوا على المشتري لا بد
من آخرين يشهدان على ان المحدود بها في يد المدعى عليه وكذا اذا انكر المدعى عليه ان الحدود
المذكورة في الشهادة حدود ما في يده قال وكذلك كتاب القاضي الى القاضي
لانه في معنى الشهادة على الشهادة الا ان القاضي لكمال ديانته ووفور ولايته ينفرد
بالنقل قال ولو قالوا في هذين البابين التميمية لم يجز حتى ينسبوها الى فخذها
وهي القبيلة الخاصة وهذا لان التعريف لا بد منه في هذا ولا يحصل بالنسبة العامة
وهي عامة الى بني تميم لانهم قوم لا يحصون ويحصل بالنسبة الى الفخذ لانها خاصة وقيل

السمرقندية والبخارية عامة وقيل الى السكة الصغيرة خاصة والى الكبير والمصر عامة
ثم التعريف وان كان يكنى الجد عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف على ظاهر
الروايات وذكر الخصاف يقوم مقام الجد لانه اسم الجد الاعلى فينزل منزلة الجد الادنى

فصل قال ابو حنيفة شاهد الزور اشهره في السوق ولا اعزره وقالا نوجعه
ضربا ونحبسه وهو قول الشافعي لهما ما روي عن عمر رضي الله عنه انه ضرب شاهد
الزور اربعين سوطا وسخم وجهه ولانه كبيرة يتعدى ضررها الى العباد وليس
فيه حد مقدر فيعزر وله ان شريحا رحمه الله كان يشهر ولا يضرب ولان الانزجار
يحصل بالتشهير فيكتفى به والضرب ولو كان مبالغا في الزجر ولكنه يقع مانعا عن
الرجوع فوجب التخفيف نظرا الى هذا الوجه وحديث عمر محمول على السياسة بدلالة
التبليغ الى الاربعين والتسخيم ثم تفسير التشهير منقول عن شريح فانه كان يبعثه الى
سوقه ان كان سوقيا والى قومه ان كان غير سوقي بعد العصر اجمع ما كانوا ويقول
ان شريحا يقرئكم السلام ويقول انا اخذنا هذا شاهد زور فاحذروه وحذروه
الناس وذكر شمس الائمة السرخسي انه يشهر عندهما ايضا والتعزير والحبس على قدر
ما يراه القاضي عندهما وكيفية التعزير ما ذكرناه في الحدود وفي الجامع الصغير
شاهدان اقرا انهما شهدا بزور لم يضربا وقالا يعزران وما ذكر ان شاهد الزور
في حق ما ذكرنا من الاحكام هو المقر على نفسه بذلك فاما لا طريق الى اثبات ذلك
بالبينة لانه نفي الشهادة والبينات للاثبات والله اعلم

كتاب الرجوع عن الشهادات

قال اذا رجع الشهود عن شهادتهم قبل الحكم بها سقطت لان الحق انما
يثبت بالقضاء والقاضي لا يقضي بكلام متناقض ولا ضمان عليهما لانهما ما اتلفا شيئا
لا على المدعي ولا على المشهود عليه فان حكم بشهادتهم ثم رجعوا لم يفسخ الحكم لان
آخر كلامهم يناقض اوله فلا ينقض الحكم بالمتناقض ولانه في الدلالة على الصدق
مثل الاول وقد ترجح الاول باتصال القضاء به وعليهم ضمان ما اتلفوه بشهادتهم
لاقرارهم على انفسهم بسبب الضمان والتناقض لا يمنع صحة الاقرار وسنقرره
من بعد ان شاء الله تعالى ولا يصح الرجوع الا بحضرة الحاكم لانه فسخ للشهادة
من المجلس وهو مجلس القاضي اي قاض كان ولان الرجوع توبة والتوبة على حسب الجناية
فالسر بالسر والاعلان بالاعلان واذا لم يصح الرجوع في غير مجلس القضاء فلو ادعى
رجوعهما باطلا المشهود عليه رجوعهما واراد يمينهما لا يحلفان وكذا لا يقبل بينته
عليهما لانه ادعى رجوعا باطلا حتى لو اقام البينة انه رجع عند قاض كذا وضمنه
المال يقبل لان السبب صحيح واذا شهد شاهدان بمال فحكم الحاكم به ثم رجعا

ضمنا المال للمشهود عليه لان التسبيب على وجه التعدي سبب الضمان كحافر البئر وقد
سببا للاتلاف تعديا وقال الشافعي لا يضمنان لانه لا عبرة للتسبيب عند وجود المباشر
قلنا تعذر ايجاب الضمان على المباشر وهو القاضي لانه كالملجأ الى القضاء وفي ايجابه
صرف الناس عن تقلده وتعذر استيفاؤه من المدعي لان الحكم ماض فاعتبر التسبيب
وانما يضمنان اذا قبض المدعي المال دينا كان او عينا لان الاتلاف به يتحقق ولانه لا
مماثلة بين اخذ العين والزام الدين قال فان رجع احدهما ضمن النصف
والاصل ان المعتبر في هذا بقاء من بقي لا رجوع من رجع وقد بقي من يبقى بشهادته نصف الحق
وان شهد بالمال ثلثة فرجع احدهم فلا ضمان عليه لانه بقي من يبقى بشهادته كل
الحق وهذا لان الاستحقاق باق بالحجة والمتلف متى استحق سقط الضمان فاولى
ان يمتنع فان رجع اخر ضمن الراجعان نصف المال لان ببقاء احدهم يبقى نصف الحق
فان شهد رجل وامرأتان فرجعت امرأة ضمنت ربع الحق لبقاء ثلثة الارباع ببقاء
من بقي وان رجعتا ضمنتا نصف الحق لان بشهادة الرجل يبقى نصف الحق وان شهد رجل
وعشر نسوة ثم رجع ثمانية فلا ضمان عليهن لانه بقي من يبقى بشهادته كل الحق فان
رجعت اخرى كان عليهن ربع الحق لانه بقي النصف بشهادة الرجل والربع بشهادة
الباقية فبقي ثلثة الارباع وان رجع الرجل والنساء فعلى الرجل سدس الحق وعلى النسوة
خمسة اسداسه عند ابي حنيفة وعندهما على الرجل النصف وعلى النسوة النصف
لانهن وان كثرن يقمن مقام رجل واحد ولهذا لا تقبل شهادتهن الا بانضمام رجل ولابي
حنيفة ان كل امرأتين قامتا مقام رجل قال عليه السلام في نقصان عقلهن عدلت شهادة
اثنتين منهن بشهادة رجل واحد فصار كما اذا شهد بذلك ستة رجال ثم رجعوا
فان رجع النسوة العشر دون الرجل عليهن نصف الحق على القولين لما قلنا ولو شهد
رجلان وامرأة بمال ثم رجعوا فالضمان عليهما دون المرأة لان الواحدة ليست
بشاهدة بل هي بعض الشاهد فلا يضاف اليه الحكم قال وان شهد شاهدان
على امرأة بالنكاح بمقدار مهر مثلها ثم رجعا فلا ضمان عليهما وكذا اذا شهدا باقل
من مهر مثلها لان منافع البضع غير متقومة عند الاتلاف لان التضمين يستدعي
المماثلة على ما عرف وانما تضمن وتتقوم بالملك لانها تصير متقومة ضرورة الملك
ابانة لخطر المحل وكذلك ان شهدا على رجل بتزوج امرأة بمقدار مهر مثلها لانه
اتلاف بعوض لان البضع متقوم حال الدخول في الملك والاتلاف بعوض كلا
اتلاف وهذا لان مبنى الضمان على المماثلة ولا مماثلة بين الاتلاف بعوض وبينه
بغير عوض فان شهدا باكثر من مهر المثل ثم رجعا ضمنا الزيادة لانهما اتلفاها من غير عوض

قال وان شهد ببيع شيء بمثل القيمة او اكثر ثم رجعا لم يضمنا لانه ليس باتلاف معنى
نظرا الى العوض وان كان باقل من القيمة ضمنا النقصان لانهما اتلفا هذا الجزء بلا عوض ولا
فرق بين ان يكون البيع باتا او فيه خيار البايع لان السبب هو السابق فيضاف الحكم
عند سقوط الخيار اليه فيضاف التلف اليهم وان شهدا على رجل انه طلق امراته قبل
الدخول بها ثم رجعا ضمنا نصف المهر لانهما اكدا ضمانا على شرف السقوط الا ترى انها
لو طاوعت ابن الزوج او ارتدت سقط المهر اصلا ولان الفرقة قبل الدخول في معنى
الفسخ فيوجب سقوط جميع المهر كما مر في النكاح ثم يجب نصف المهر ابتداء بطريق
المتعة وكان واجبا بشهادتهما قال واذا شهدا انه اعتق عبده ثم رجعا ضمنا
قيمته لانهما اتلفا مالية العبد من غير عوض والولاء للمعتق لان العتق لا يتحول اليهما بهذا
الضمان فلا يتحول الولاء واذا شهدا بقصاص ثم رجعا بعد القتل ضمنا الدية ولا
يقتص منهما وقال الشافعي يقتص منهم لوجود القتل منهم تسبيبا فاشبه المكره بل اولى
لان الولي يعان والمكره يمنع ولنا ان القتل مباشرة لم يوجد وكذا تسبيبا لان
التسبيب ما يفضي اليه غالبا ولا يفضي لان العفو مندوب بخلاف المكره لانه يؤثر حياته
غالبا ولان الفعل الاختياري مما يقطع النسبة ثم لا اقل من الشبهة وهي دارئة
القصاص بخلاف المال لانه يثبت مع الشبهات والباقي يعرف في المختلف قال
واذا رجع شهود الفرع ضمنوا لان الشهادة في مجلس القضا صدرت منهم فكان التلف
مضافا اليهم ولو رجع شهود الاصل وقالوا لم نشهد شهود الفرع على شهادتنا فلا
ضمان عليهم لانهم انكروا السبب وهو الاشهاد ولا يبطل القضا لانه خبر محتمل فصار
كرجوع الشاهد بخلاف ما قبل القضا فان قالوا اشهدناهم وغلطنا ضمنوا وهذا
عند محمد وعند ابي حنيفة وابي يوسف لا ضمان عليهم لان القضا وقع بشهادة الفروع
لان القاضي يقضي بما يعاين من الحجة وهي شهادتهم وله ان الفروع نقلوا شهادة
الاصول فصار كانهم حضروا ولو رجع الاصول والفروع جميعا يجب الضمان عندهما على
الفروع لا غير لان القضا وقع بشهادتهم وعند محمد المشهود عليه بالخيار ان شا ضمن الاصول
وان شا ضمن الفروع لان القضا وقع بشهادة الفروع من الوجه الذي ذكرا وبشهادة
الاصول من الوجه الذي ذكر فيتخير بينهما والجهتان متغايرتان فلا يجمع بينهم في التضمين
وان قال شهود الفرع كذب شهود الاصل او غلطوا في شهادتهم لم يلتفت الى
ذلك لان ما امضي من القضا لا ينتقض بقولهم ولا يجب الضمان عليهم لانهم ما رجعوا
عن شهادتهم انما شهدوا على غيرهم بالرجوع قال وان رجع المزكون عن التزكية
ضمنوا وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا يضمنون لانهم اثنوا على الشهود فصاروا كالشهود

الاحصان

الاحصان وله ان التزكية اعمال للشهادة اذ القاضي لا يعمل بها الا بالتزكية فصارت
في معنى علة العلة بخلاف شهود الاحصان لانه شرط محض قال واذا شهد شاهد
باليمين وشاهدان بوجود الشرط ثم رجعوا فالضمان على شهود اليمين خاصة لانه
هو السبب والتلف يضاف الى مثبتي السبب دون الشرط المحض الا ترى ان القاضي
يقضي بشهادة اليمين دون شهود الشرط ولو رجع شهود الشرط وحدهم اختلف
المشايخ فيه ومعنى المسئلة يمين العتاق والطلاق قبل الدخول

كتاب الوكالة

قال كل عقد جاز ان يعقده الانسان بنفسه جاز ان يوكل به غيره لان الانسان قد يعجز
عن المباشرة بنفسه على اعتبار بعض الاحوال فيحتاج الى ان يوكل به غيره فيكون بسبيل
منه دفعا للحاجة وقد صح ان النبي عليه السلام وكل بالشرا حكيم بن حزام وبالتزويج عمر بن
ام سلمة قال ويجوز الوكالة بالخصومة في ساير الحقوق لما بينا من الحاجة اذ ليس كل
احد يهتدي الى وجوه الخصومات وقد صح ان عليا رضي الله عنه وكل عقيلا وبعدما
اسن عبد الله بن جعفر رضي الله عنهم وكذا بايفائها واستيفائها الا في الحدود والقصاص فان
الوكالة لا تصح باستيفائها مع غيبة الموكل عن المجلس لانها تندرئ بالشبهات وشبهة
العفو ثابتة حال غيبته بل هو الظاهر للندب الشرعي بخلاف غيبة الشاهد لان الظاهر
عدم الرجوع وبخلاف حالة الحضرة لانتفاء هذه الشبهة وليس كل احد يحسن الاستيفاء
فلو منعناه عنه ينسد باب الاستيفاء اصلا وهذا الذي ذكرناه قول ابي حنيفة و
ابو يوسف لا يجوز الوكالة باثبات الحدود والقصاص باقامة الشهود ايضا وقول
محمد مع ابي حنيفة وقيل مع ابي يوسف وقيل هذا الاختلاف في غيبته دون حضرته
لان كلام الوكيل ينتقل الى الموكل عند حضوره له ان التوكيل انابة وشبهة النيابة
يتحرز عنها في هذا الباب كما في الشهادة على الشهادة وكما في الاستيفاء ولابي حنيفة رحمه الله
ان الخصومة شرط محض لان الوجوب مضاف الى الجناية والظهور الى الشهادة فيجري فيه
التوكيل كما في ساير الحقوق وعلى هذا الخلاف التوكيل بالجواب من جانب من عليه القصاص
وكلام ابي حنيفة فيه اظهر لان الشبهة لا تمنع الدفع غير ان اقرار الوكيل غير مقبول عليه
لما فيه من شبهة عدم الامر قال ابو حنيفة لا يجوز التوكيل بالخصومة الا برضا الخصم
وهو قول الشافعي ولا خلاف في الجواز وانما الخلاف في اللزوم لهما ان التوكيل تصرف
في خالص حقه فلا يتوقف على رضا غيره كالتوكيل بتقاضي الديون وله ان الجواب
مستحق على الخصم ولهذا يستحضره والناس يتفاوتون في الخصومة فلو قلنا بلزومه
يتضرر به فيتوقف على رضاه كالعبد المشترك اذا كاتبه احدهما يتخير الاخر بخلاف المريض
والمسافر لان الجواب غير مستحق عليهما هنا ثم كما يلزم التوكيل عنده من المسافر يلزم اذا

اراد السفر لتحقق الضرورة ولو كانت المرأة مخدرة لم تجر عادتها بالبروز وحضور مجلس الحكم
قال الرازي رحمه الله يلزم التوكيل لانها لو حضرت لا يمكنها ان تنطق بحجتها لحيائها فيلزم
توكيلها قال رضي الله عنه وهذا شيء استحسنه المتأخرون قال ومن شرط الوكالة
ان يكون الموكل ممن يملك التصرف ويلزمه الاحكام لان الوكيل يملك التصرف من جهة
الموكل فلا بد ان يكون الموكل مالكا ليملكه غيره ويشترط ان يكون الوكيل ممن يعقل العقد
ويقصده لانه يقوم مقام الموكل في العبارة فلا بد ان يكون من اهل العبارة حتى لو كان
صبيا لا يعقل او مجنونا كان التوكيل باطلا واذا وكل الحر البالغ او المأذون مثلهما
جاز لان الموكل مالك للتصرف والوكيل من اهل العبارة وان وكل صبيا محجورا يعقل
البيع والشراء او عبدا محجورا جاز ولا يتعلق بهما الحقوق ويتعلق بموكلهما لان الصبي
من اهل العبارة الا ترى انه ينفذ تصرفه باذن وليه والعبد من اهل التصرف على نفسه
مالك له وانما لا يملكه في حق المولى والتوكيل ليس تصرفا في حقه الا انه لا يصح منهما
التزام العهدة الصبي لقصور اهليته والعبد لحق سيده فيلزم الموكل وعن ابي يوسف
ان المشتري اذا لم يعلم بحال البائع ثم علم انه صبي او محجور له خيار الفسخ لانه دخل في العقد
على ان حقوقه تتعلق بالعاقد فاذا ظهر خلافه يتخير كما اذا عثر على عيب قال والعقد
العقد الذي يعقده الوكلاء على ضربين كل عقد يضيفه الوكيل الى نفسه كالبيع والاجارة
حقوقه تتعلق بالوكيل دون الموكل وقال الشافعي تتعلق بالموكل لان
الحقوق تابعة لحكم التصرف والحكم وهو الملك يتعلق بالموكل فكذا توابعه وصار
كالرسول وكالوكيل في النكاح ولنا ان الوكيل هو العاقد حقيقة لان العقد يقوم
بالكلام وصحة عبارته لكونه ادميا وكذا حكما لانه يستغني عن اضافة العقد الى الموكل ولو
كان سفيرا عنه لما استغنى عن ذلك كالرسول واذا كان كذلك كان اصيلا في الحقوق فتتعلق
به ولهذا قال في الكتاب يسلم المبيع ويقبض الثمن ويطالب بالثمن اذا اشترى ويقبض المبيع
ويخاصم في العيب لان كل ذلك من الحقوق والملك يثبت للموكل خلافة عنه اعتبارا للتوكيل
السابق كالعبد يتهب ويصطاد هو الصحيح قال رضي الله عنه وفي مسئلة العيب
تفصيل نذكره ان شاء الله قال وكل عقد يضيفه الى موكله كالنكاح والطلاق والخلع
والصلح عن دم العمد فان حقوقه تتعلق بالموكل دون الوكيل فلا يطالب وكيل الزوج
بالمهر ولا يلزم وكيل المرأة تسليمها لان الوكيل فيها سفير محض الا ترى انه لا يستغني
عن اضافة العقد الى الموكل وان اضافه الى نفسه كان النكاح له فصار كالرسول وهذا
لان الحكم فيها لا يقبل الفصل عن السبب لانه اسقاط فيتلاشى فلا يتصور صدوره من شخص
وثبوت حكمه لغيره فكان سفيرا والضرب الثاني من اخواته العتق على مال والكتابة

والصلح على الانكار واما الصلح الذي هو جار مجرى البيع فهو من الضرب الاول والوكيل
بالهبة والتصدق والاعارة والايداع والرهن والاقراض سفير ايضا لان الحكم فيها يثبت
بالقبض وانه يلاقي محلا مملوكا للغير فلا يجعل اصيلا وكذا اذا كان الوكيل من جانب الملتمس وكذا
الشركة والمضاربة الا ان التوكيل بالاستقراض باطل حتى لا يثبت الملك للموكل بخلاف الرسالة
فيه قال واذا طالب الموكل المشتري بالثمن فله ان يمنعه اياه لانه اجنبي عن العقد و
حقوقه لما ان الحقوق الى العاقد فان دفعه اليه جاز ولم يكن للوكيل ان يطالبه ثانيا
لان نفس الثمن المقبوض حقه وقد وصل اليه ولا فائدة في الاخذ منه ثم في الدفع اليه ولهذا
لو كان للمشتري على الموكل دين يقع المقاصة دون دين الوكيل وبدين الوكيل اذا كان وحده
ان كان يقع المقاصة عند ابي حنيفة ومحمد لما انه يملك الابراء عنه عندهما ولكنه يضمنه للموكل
في الفصلين **باب الوكالة بالبيع والشراء فصل في الشراء** قال ومن وكل رجلا بشراء شيء
فلا بد من تسمية جنسه وصفته او جنسه ومبلغ ثمنه ليصير الفعل الموكل به معلوما
فيمكنه الايتمار الا ان توكله وكالة عامة فيقول ابتع لي ما رأيت لانه فوض الامر الى رأيه
فاي شيء يشتريه يكون ممتثلا والاصل ان الجهالة اليسيرة تتحمل في الوكالة كجهالة
الوصف استحسانا لان مبنى التوكيل على التوسعة لانه استعانة وفي اعتبار هذا الشرط
بعض الحرج وهو مدفوع ثم ان كان اللفظ يجمع اجناسا او ما هو في معنى الاجناس
لا يصح التوكيل وان بين الثمن لان بذلك الثمن يوجد من كل جنس فلا يدرى مراد الآمر
لتفاحش الجهالة وان كان جنسا يجمع انواعا لا يصح الا ببيان الثمن او النوع لانه بتقدير
الثمن يصير النوع معلوما وبذكر النوع تقل الجهالة فلا تمنع الامتثال مثاله
اذا وكله بشراء عبد او جارية لا يصح لانه يشمل انواعا فان بين النوع كالتركي والحبشي
والسندي والمولد جاز وكذا اذا بين الثمن لما ذكرنا ولو بين النوع او الثمن ولم يبين
الصفة الجودة والرداءة والسطة جاز لانه جهالة مستدركة ومراده من الصفة المذكورة
في الكتاب النوع وفي الجامع الصغير ومن قال لآخر اشتر لي ثوبا او دابة او دارا فالوكالة باطلة
بالجهالة الفاحشة فان الدابة في حقيقة اللغة اسم لما يدب على وجه الارض وفي
العرف تطلق على الخيل والحمير والبغال فقد جمع اجناسا وكذا الثوب لانه يتناول
الملبوس من الاطلس الى الكساء ولهذا لا يصح تسميته مهرا وكذا الدار تشمل ما هو في معنى
الاجناس لانها تختلف اختلافا فاحشا باختلاف الاغراض والجيران والمرافق والمحال
والبلدان فيتعذر الامتثال قال وان سمى ثمن الدار ووصف جنس الدار
والثوب جاز معناه نوعه وكذا اذا سمى نوع الدابة بان قال حمارا قال ومن دفع
الى آخر دراهم وقال اشتر لي بها طعاما فهو على الحنطة ودقيقها والقياس ان يكون

على كل مطعوم اعتبارا للحقيقة كما في اليمين على الاكل اذ الطعام اسم لما يطعم وجه الا
ستحسان ان العرف املك وهو على ما ذكرناه اذا ذكر مقرونا بالبيع والشرا ولا عرف في الاكل
فبقي على الوضع وقيل ان كثرت الدراهم فعلى الحنطة وان قلت فعلى الخبز وان كان فيما
بين ذلك فعلى الدقيق قال واذا اشترى الوكيل ثم اطلع على عيب فله ان يرده بالعيب ما
دام المبيع في يده لانه من حقوق العقد وهي كلها اليه فان سلمه الى الموكل لم يرده الا باذنه
لانه انتهى حكم الوكالة ولان فيه ابطال يده الحقيقية فلا يتمكن منه الا باذنه ولهذا كان
خصما لمن يدعي في المشترى دعوى كالشفيع وغيره قبل التسليم الى الموكل لا بعده قال
ويجوز التوكيل بعقد الصرف والسلم لانه عقد يملكه بنفسه فيملك التوكيل به على ما مر
ومراده التوكيل بالاسلام دون قبول السلم لان ذلك لا يجوز فان الوكيل يبيع طعاما
في ذمته على ان يكون الثمن لغيره وهذا لا يجوز فان فارق الوكيل صاحبه قبل القبض بطل
العقد لوجود الافتراق من غير قبض ولا يعتبر مفارقة الموكل لانه ليس بعاقد والمستحق
بالعقد قبض العاقد وهو الوكيل فيصح قبضه وان كان لا يتعلق به الحقوق كالصبي
والعبد المحجور عليه بخلاف الرسول لان الرسالة في العقد لا في القبض وينتقل كلامه
الى المرسل فصار قبض الرسول قبض غير العاقد فلم يصح قال واذا دفع الوكيل بالشرا
الثمن من ماله وقبض المبيع فله ان يرجع به على الموكل لانه انعقدت بينهما مبادلة
حكمية ولهذا اذا اختلفا في الثمن يتحالفان ويرده الموكل بالعيب على الوكيل وقد سلم المشترى
للموكل من جهة الوكيل فيرجع عليه ولان الحقوق لما كانت اليه وقد علمه الموكل يكون
راضيا بدفعه من ماله فان هلك المبيع في يده قبل حبسه هلك من مال الموكل ولم
يسقط الثمن لان يده كيد الموكل فان لم يحبسه يصير الموكل قابضا بيده وله ان يحبسه
حتى يستوفي الثمن لما بينا انه بمنزلة البايع من الموكل وقال زفر ليس له ذلك لان
الموكل صار قابضا بيده فكأنه سلمه اليه فيسقط حق الحبس قلنا هذا لا يمكن التحرز
عنه فلا يكون راضيا بسقوط حقه في الحبس على ان قبضه موقوف فيقع للموكل ان لم
يحبسه ولنفسه عند حبسه فان حبسه فهلك كان مضمونا ضمان الرهن عند ابي يوسف
وضمان المبيع عند محمد وهو قول ابي حنيفة وضمان الغصب عند زفر لانه منع بغير حق
لهما انه بمنزلة البايع منه فكان حبسه لاستيفا الثمن فيسقط بهلاكه ولابي يوسف
انه مضمون بالحبس للاستيفا بعد ان لم يكن وهو الرهن بعينه بخلاف المبيع لان
البيع ينفسخ بهلاكه وههنا لا ينفسخ اصل البيع قلنا ينفسخ في حق الموكل والوكيل كما اذا
رده الموكل بالعيب ورضي الوكيل به قال واذا وكله بشرا عشرة ارطال لحم بدرهم بنصف درهم عند
ابي حنيفة وقالا يلزمه العشرون وذكر في بعض النسخ قول محمد مع قول ابي حنيفة ومحمد لم

يذكر الخلاف في الاصل لابي يوسف انه امره بصرف الدرهم في اللحم وظن ان سعره عشرة ارطال
فاذا اشترى به عشرين فقد زاده خيرا وصار كما اذا وكله ببيع عبده بالف فباعه بالفين
ولابي حنيفة انه امره بشرا عشرة ولم يامره بشرا الزيادة فينفذ شراها عليه وشرا العشرة على
الموكل بخلاف ما استشهد به لان الزيادة هناك بدل ملك الموكل فيكون له بخلاف
ما اذا اشترى ما يساوي عشرين رطلا بدرهم حيث يصير مشتريا لنفسه بالاجماع
لان الامر يتناول السمين وهذا مهزول فلم يحصل مقصود الامر حيث اعتمد عليه
قال ولو وكله بشرا شي بعينه فليس له ان يشتريه لنفسه لانه يودي الى تغرير الآمر
حيث اعتمد عليه ولان فيه عزل نفسه ولا يملكه على ما قيل الا بمحضر من الموكل فلو كان الثمن
مسمى فاشترى بخلاف جنسه او لم يكن مسمى فاشترى بغير النقود او وكل وكيلا آخر
بشرايه فاشترى الثاني وهو غايب يثبت الملك للوكيل الاول في هذه الوجوه لانه
خالف امر الآمر فينفذ عليه ولو اشترى الثاني بحضرة الوكيل الاول نفذ على الموكل
الاول لانه حضره رايه فلم يكن مخالفا قال وان وكله بشرا عبد بغير عينه فاشترى
عبدا فهو للوكيل الا ان يقول نويت الشرا للموكل او يشتريه بمال الموكل قال رضي الله عنه
هذه المسئلة على وجوه ان اضاف العقد الى دراهم الآمر كان للآمر وهو المراد عندي
بقوله او يشتريه بمال الموكل دون النقد من ماله لان فيه تفصيلا وخلافا وهذا
بالاجماع وهو مطلق وان اضافه الى دراهم نفسه كان لنفسه حملا لحاله على ما
يحل له شرعا او يفعله عادة اذ الشرى لنفسه باضافة العقد الى دراهم غيره مستنكر
شرعا وعرفا فان اضافه الى دراهم مطلقة فان نواها للآمر فهو للآمر وان نواها
لنفسه فلنفسه لان له ان يعمل لنفسه ويعمل للآمر في هذا التوكيل وان تكاذبا في
النية يحكم النقد بالاجماع لانه دلالة ظاهرة على ما ذكرنا وان توافقا على انه لم تحضره
النية قال محمد هو للعاقد لان الاصل ان كل واحد يعمل لنفسه الا اذا ثبت جعله لغيره
ولم يثبت وعند ابي يوسف يحكم النقد لان ما اوقعه مطلقا يحتمل الوجهين فيبقى
موقوفا فمن اي المالين نقد فقد فعل ذلك المحتمل لصاحبه ولان مع تصادقهما
يحتمل النية للآمر وفيما قلنا حمل حاله على الصلاح كما في حالة التكاذب والتوكيل
بالاسلام على هذه الوجوه قال ومن امر رجلا بشرا عبد بالف فقال

فالقول للمامور لانه امين وان لم يكن منقودا فكذلك عند ابي يوسف ومحمد لانه يملك
استينافالشرا فلا يتهم بالاخبار عنه وعند ابي حنيفة القول للامر لانه موضع تهمة بان
اشتراه لنفسه فاذا راي الصفقة خاسرة الزمها الامر بخلاف ما اذا كان الثمن منقودا
لانه امين فيه فيقبل قوله تبعا لذلك ولا ثمن في يده هنا وان كان امره بشراء عبد بعينه
ثم اختلفا والعبد حي فالقول للمامور سواء كان الثمن منقودا او غير منقود وهذا
بالاجماع لانه اخبر عما يملك استينافه ولا تهمة فيه لان الوكيل بشراء شيء بعينه لا يملك
شراه لنفسه بمثل ذلك الثمن في حال غيبته على ما مر بخلاف غير المعين على ما ذكرنا لابي حنيفة
ومن قال لآخر بعني هذا العبد لفلان فباعه ثم انكر ان يكون فلان امره فان فلانا ياخذه
لان قول السابق اقرار منه بالوكالة عنه فلا ينفعه الانكار اللاحق فان قال فلان لم
آمره لم يكن له لان الاقرار يرتد برده قال الا ان يسلمه المشتري له فيكون بيعا والعهدة
عليه لانه صار مشتريا بالتعاطي كمن اشترى لغيره بغير امره حتى لزمه ثم سلم المشتري له ودلت
المسئلة على ان التسليم على وجه البيع يكفي للتعاطي وان لم يوجد نقد الثمن وهو يتحقق في
النفيس والخسيس لاستتمام التراضي وهو المعتبر في الباب قال ومن امر رجلا بان يشتري
له عبدين باعيانهما ولم يسم له ثمنا فاشترى له احدهما جاز لان التوكيل مطلق وقد لا يتفق
الجمع بينهما في البيع الا فيما لا يتغابن الناس فيه لانه توكيل بالشرا وهذا كله بالاجماع ولو امره
بان يشتريهما بالف وقيمتهما سواء فعند ابي حنيفة ان اشترى احدهما بخمسمائة او اقل جاز
وان اشترى باكثر لم يلزم الامر لانه قابل الالف بهما وقيمتهما سواء فينقسم بينهما
نصفين دلالة فكان آمرا بشراء كل واحد بخمسمائة ثم الشرا بها موافقة وباقل منها مخالفة
الى خير وبالزيادة الى شر قليلة الزيادة او كثرت فلا يجوز الا ان يشتري الباقي ببقية
الالف قبل ان يختصما استحسانا لان شراء الاول قائم وقد حصل غرضه المصرح به
وهو تحصيل العبدين وما ثبت الانقسام الا دلالة والصريح يفوقها وقال ابو يوسف
ومحمد ان اشترى احدهما باكثر من نصف الالف بما يتغابن الناس فيه وقد بقي من الالف
ما يشتري بمثلها الباقي جاز لان التوكيل مطلق لكنه يتقيد بالمتعارف وهو فيما قلنا
ولكن لا بد ان يبقى من الالف باقية يشتري بمثلها الباقي ليمكنه تحصيل غرض الآمر
ومن له على آخر الف فامره ان يشتري بها هذا العبد فاشتراه

والدنانير لا يتعينان في المعاوضات دينا كان او عينا الا ترى لو تبايعا عينا بدين ثم تصادقا
ان لا دين لا يبطل العقد فصار الاطلاق والتقييد فيه سواء فيصح التوكيل
كيده ولابي حنيفة انها يتعين في الوكالات الا ترى انه لو قيد الوكالة بالعين منها
او بالدين منها ثم استهلك العين او اسقط الدين بطل الوكالة واذا تعينت كان هذا
تمليك الدين من غير من عليه الدين من دون ان يوكله بقبضه وذلك لا يجوز كما اذا
اشترى بدين على غير المشتري او يكون آمرا بصرف ما لا يملكه الا بالقبض قبله وذلك
باطل كما اذا قال اعط مالي عليك من شئت بخلاف ما اذا عين البائع لانه يصير وكيلا عنه في
القبض ثم يتملكه وبخلاف ما اذا امر بالتصدق لانه جعل المال لله تعالى وهو معلوم
واذا لم يصح التوكيل نفذ الشرا على المامور فيهلك من ماله الا اذا قبضه الآمر منه
لانعقاد البيع تعاطيا قال ومن دفع الى آخر الفا وامره بان يشتري بها جارية
فاشتراها فقال الآمر اشتريتها بخمسمائة وقال المامور اشتريتها بالف فالقول
قول المامور ومراده اذا كانت تساوي الفا لانه امين فيه وقد ادعى الخروج عن عهدة عن
الامانة والآمر يدعي عليه ضمان خمسمائة وهو ينكر فان كانت تساوي خمسمائة فالقول
قول الآمر لانه خالف حيث اشترى جارية تساوي خمسمائة والامر تناول ما يساوي
الفا فيضمن قال فان لم يكن دفع الالف فالقول قول الآمر اما اذا كانت قيمتها
خمسمائة فللمخالفة فان كانت قيمتها الفا فمعناه انهما يتحالفان لان الموكل والوكيل
في هذا ينزلان منزلة البائع والمشتري وقد وقع الاختلاف في الثمن وموجبه التحالف
ثم يفسخ العقد الذي جرى بينهما فيلزم الجارية المامور قال ولو امره ان يشتري
له هذا العبد ولم يسم ثمنا فاشتراه فقال الآمر اشتريته بخمسمائة وقال المامور بالف
وصدقه البائع فالقول قول المامور مع يمينه قيل لا تحالف ههنا لانه ارتفع
الخلاف بتصديق البائع اذ هو حاضر وفي المسئلة الاولى هو غائب فاعتبر الاختلاف وقيل
يتحالفان كما ذكرنا وقد ذكر معظم يمين التحالف وهو يمين البائع والبائع بعد استيفاء

فيحافظ عليها بخلاف شراء العبد نفسه لان المجاز فيه متعين واذا كان معاوضة يثبت الملك
له والالف للمولى لانه كسب عبده وعلى المشتري الف مثله ثمنا للعبد فانه في ذمته حيث لم
يصح الاداء بخلاف الوكيل بشراء العبد من غيره حيث لا يشترط بيانه لان العقدين هناك
على نمط واحد وفي الحالين المطالبة تتوجه نحو العاقد فاما هنا احدهما اعتاق معقب
للولاء ولا مطالبة على الوكيل والمولى عساه لا يرضاه ويرغب في المعاوضة المحضة فلا بد
من البيان ومن قال لعبد اشتر لي نفسك من مولاك فقال لمولاه بعني نفسي لفلان
بكذا ففعل فهو للآمر لان العبد يصلح وكيلا عن غيره في شراء نفسه لانه اجنبي عن ماليته
والبيع يرد عليه من حيث انه مال الا ان ماليته في يده حتى لا يملك البائع الحبس بعد البيع
فاذا اضافه الى الآمر صلح فعله امتثالا فيقع العقد للآمر وان عقد لنفسه فهو حر
لانه اعتاق وقد رضي به المولى دون المعاوضة والعبد وان كان وكيلا بشراء شيء معين
ولكنه اتى بجنس تصرف آخر وفي مثله ينفذ على الوكيل وكذا لو قال بعني نفسي ولم يقل
لفلان فهو حر لان المطلق يحتمل الوجهين فلا يقع امتثالا بالشك فيبقى التصرف واقعا
لنفسه

فصل في البيع

قال والوكيل بالبيع والشراء لا يجوز ان يعقد مع ابيه وجده
ومن لا تقبل شهادته له عند ابي حنيفة وقالا يجوز بيعه منهم بمثل القيمة الا من عبده ومكاتبه
لان التوكيل مطلق ولا تهمة اذ الاملاك متباينة والمنافع منقطعة بخلاف العبد لانه
بيع من نفسه لان ما في يد العبد للمولى وكذا للمولى حق في كسب المكاتب وينقلب حقيقة
بالعجز وله ان مواضع التهمة مستثناة عن الوكالات وهذا موضع التهمة بدليل
عدم قبول الشهادة ولان المنافع بينهم متصلة فصار بيعا من نفسه من وجه والاجارة
والصرف على هذا الخلاف قال والوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل والكثير والعرض
عند ابي حنيفة وقالا لا يجوز بيعه بنقصان لا يتغابن الناس فيه
والدنانير لان مطلق الامر يتقيد بالمتعارف لان التصرفات لدفع [illegible]
مواقعها والمتعارف البيع بثمن المثل وبالنقود ولهذا يتقيد التوكيل [illegible]

يتغابن الناس في مثلها ولا يجوز بما لا يتغابن الناس في مثله لان التهمة فيه متحققة
فلعله اشتراه لنفسه فاذا لم يوافقه الحقه بغيره على ما مر حتى لو كان وكيلا بشراء
شيء بعينه قالوا ينفذ على الآمر لانه لا يملك شراءه لنفسه وكذا الوكيل بالنكاح اذا زوجه
امراة باكثر من مهر مثلها جاز عنده لانه لا بد من الاضافة الى الموكل في العقد فلا يتمكن
هذه التهمة ولا كذلك الوكيل بالشراء لانه يطلق العقد قال والذي لا يتغابن فيه
ما لا يدخل تحت تقويم المقومين وقيل في العروض ده نيم وفي الحيوان ده يازده
وفي العقارات ده دوازده لان التصرف يكثر وجوده في الاول ويقل في الاخير
ويتوسط في الاوسط وكثرة الغبن لقلة التصرف قال واذا وكله ببيع عبد فباع
نصفه جاز عند ابي حنيفة لان اللفظ مطلق عن قيد الافتراق والاجتماع الا ترى
انه لو باع الكل بثمن النصف يجوز عنده فاذا باع النصف به اولى وقالا لا يجوز لانه
غير متعارف لما فيه من ضرر الشركة الا ان يبيع النصف الاخر قبل ان يختصما لان بيع النصف
قد يقع وسيلة الى الامتثال بان لا يجد من يشتريه جملة فيحتاج الى ان يفرق فاذا باع
الباقي قبل نقض البيع الاول تبين انه وقع وسيلة فاذا لم يبع ظهر انه لم يقع وسيلة
فلا يجوز وهذا استحسان عندهما وان وكله بشراء عبد فاشترى نصفه فالشراء
موقوف فان اشترى باقيه لزم الموكل لان شراء البعض قد يقع وسيلة الى الامتثال
بان كان موروثا بين جماعة فيحتاج الى شرائه شقصا شقصا فاذا اشترى الباقي قبل
رد الآمر البيع تبين انه وسيلة فينفذ على الآمر وهذا بالاتفاق والفرق لابي حنيفة
ان في الشراء تتحقق التهمة على ما مر وآخر ان الامر في البيع يصادف ملكه فيصح فيعتبر فيه
الاطلاق والامر بالشراء صادف ملك الغير فلم يصح فلا يعتبر فيه التقييد والاطلاق قال
ومن امر رجلا ببيع عبده فباعه وقبض الثمن او لم يقبض فرده المشتري عليه بعيب لا يحدث
مثله بقضاء القاضي ببينة او باباء يمين او باقرار فانه يرده على الآمر لان القاضي تيقن بحدوث
العيب في يد البائع فلم يكن قضاؤه مستندا الى هذه الحجج وتاويل اشتراطها في الكتاب ان
القاضي يعلم انه لا يحدث في مدة شهر لكنه اشتبه عليه تاريخ البيع فيحتاج الى هذه الحجج
لظهور التاريخ او كان عيبا لا يعرفه الا النساء او الاطباء وقولهن وقول الطبيب حجة
في توجه الخصومة لا في الرد فيفتقر فيها الى الرد حتى لو كان القاضي عاين البيع والعيب
ظاهرا لا يحتاج الى شيء منها وهو رد على الموكل فلا يحتاج الوكيل الى رد وخصومة قال
وكذلك اذا رد عليه بعيب يحدث مثله ببينة او باباء يمين لان البينة حجة مطلقة والوكيل
مضطر في النكول لبعد العيب عن علمه باعتبار عدم ممارسة المبيع فلزم الآمر قال
فان كان ذلك باقرار لزم المامور لان الاقرار حجة قاصرة وهو غير مضطر اليه لامكانه السكوت

او النكول الا ان له ان يخاصم به الموكل فيلزمه ببينة او بنكوله بخلاف ما اذا كان الرد بغير قضاء والعيب يحدث مثله حيث لا يكون له ان يخاصم بائعه لانه بيع جديد في حق ثالث والبائع ثالثهما والرد بالقضاء فسخ لعموم ولاية القاضي غير ان الحجة قاصرة وهو الاقرار فمن حيث الفسخ كان له ان يخاصم ومن حيث القصور لا يلزم الموكل الا بحجة ولو كان العيب لا يحدث مثله والرد بغير قضا باقراره يلزم الموكل من غير خصومة في رواية لان الرد متعين وفي عامة الروايات ليس له ان يخاصم لما ذكرنا والحق في وصف السلامة ثم ينتقل الى الرد ثم الى الرجوع بالنقصان فلم يتعين الرد وقد بيناه في الكفاية باطول من هذا قال ومن قال لآخر امرتك ببيع عبدي بنقد فبعته بنسيئة وقال المامور امرتني ببيعه ولم تقل شيئا فالقول قول الآمر لان الامر يستفاد من جهته ولا دلالة على الاطلاق قال وان اختلف في ذلك المضارب ورب المال فالقول قول المضارب لان الاصل في المضاربة العموم الا ترى انه يملك التصرف بذكر لفظة المضاربة فقامت دلالة الاطلاق بخلاف ما اذا ادعى رب المال المضاربة في نوع والمضارب في نوع آخر حيث يكون القول لرب المال لانه سقط الاطلاق بتصادقهما فنزل الى الوكالة المحضة ثم مطلق الامر بالبيع ينتظمه نقدا ونسيئة الى اي اجل كان عند ابي حنيفة وعندهما يتقيد باجل متعارف والوجه قد تقدم قال ومن امر رجلا ببيع عبده فباعه واخذ بالثمن رهنا فضاع في يده او اخذ به كفيلا فتوى المال عليه فلا ضمان عليه لان الوكيل اصيل في الحقوق وقبض الثمن منها والكفالة توثق به والارتهان وثيقة لجانب الاستيفا فيملكهما بخلاف الوكيل بقبض الدين لانه يفعل نيابة وقد انابه في قبض الدين دون الكفالة واخذ الرهن والوكيل بالبيع يقبض اصالة ولهذا لا يملك الموكل حجره عنه

فصل

قال واذا وكل وكيلين فليس لاحدهما ان يتصرف فيما وكلا به دون الآخر وهذا في تصرف يحتاج فيه الى الراي كالبيع والخلع وغير ذلك لان الموكل رضي برايهما لا براي احدهما والبدل وان كان مقدرا ولكن التقدير لا يمنع استعمال الراي في الزيادة واختيار المشتري قال الا ان يوكلهما بالخصومة لان الاجتماع فيها متعذر للافضاء الى الشغب في مجلس القضا والراي يحتاج اليه سابقا لتقويم الخصومة قال او بطلاق زوجته بغير عوض او بعتق عبده بغير عوض او برد وديعة او قضاء دين عليه لان هذه الاشيا لا يحتاج فيها الى الراي بل هو تعبير محض وعبارة المثنى والواحد سواء وهذا بخلاف ما اذا قال لهما طلقاها ان شئتما او قال امرها بايديكما لانه تفويض الى رايهما الا ترى انه تمليك مقتصر على المجلس ولانه علق الطلاق بفعلهما فاعتبره بدخولهما قال وليس للوكيل ان يوكل فيما وكل به لانه فوض اليه التصرف دون التوكيل به وهذا لانه رضي برايه والناس متفاوتون في الآرا قال الا ان ياذن له الموكل او

او يقول له اعمل برايك لاطلاق التفويض الى رايه واذا جاز في هذا الوجه يكون الثاني وكيلا عن الموكل حتى لا يملك الاول عزله ولا ينعزل بموته وينعزلان بموت الاول وقد مر نظيره في ادب القاضي قال فان وكل بغير اذن موكله فعقد وكيله بحضرته جاز لان المقصود حضور راي الاول وتكلموا في حقوقه وان عقد في حال غيبته لم يجز لانه فات رايه الا ان يبلغه فيجيزه وكذلك لو باع غير الوكيل فبلغه فاجازه لانه حضره رايه ولو قدر الاول الثمن للثاني فعقد بغيبته يجوز لان الراي يحتاج اليه لتقدير الثمن ظاهرا وقد حصل وهذا بخلاف ما اذا وكل وكيلين وقدر الثمن لانه لما فوض اليهما مع تقدير الثمن ظهر ان غرضه اجتماع رايهما في الزيادة واختيار المشتري على ما بينا اما اذا لم يقدر الثمن وفوض الى الاول كان غرضه رايه في معظم الامر وهو التقدير في الثمن قال واذا زوج المكاتب او العبد او الذمي ابنته وهي صغيرة حرة مسلمة او باع او اشترى لها لم يجز معناه التصرف في مالها لان الرق والكفر يقطعان الولاية الا ترى ان المرقوق لا يملك انكاح نفسه فكيف يملك انكاح غيره وكذا الكافر لا ولاية له على المسلم حتى لا تقبل شهادته عليه ولان هذه ولاية نظرية فلا بد من التفويض الى القادر المشفق ليتحقق معنى النظر والرق يزيل القدرة والكفر يقطع الشفقة على المسلم فلا يفوض اليهما وقال ابو يوسف ومحمد والمرتد اذا قتل على ردته والحربي كذلك لان الحربي ابعد من الذمي فاولى ان يسلب الولاية واما المرتد فتصرفه في ماله وان كان نافذا عندهما لكنه موقوف على ولده ومال ولده بالاجماع لانها ولاية نظرية وذلك باتفاق الملة وهي مترددة ثم يستقر جهة الانقطاع اذا قتل على الردة فيبطل وبالاسلام يجعل كانه لم يزل مسلما فيصح التصرف

باب الوكالة بالخصومة والقبض

قال الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض خلافا لزفر وهو يقول رضي بخصومته والقبض غير الخصومة ولم يرض به ولنا ان من ملك شيئا ملك اتمامه وتمام الخصومة وانتهاؤه بالقبض والفتوى اليوم على قول زفر لظهور الخيانة في الوكلا وقد يؤتمن على الخصومة من لا يؤتمن على المال ونظيره الوكيل بالتقاضي يملك القبض على اصل الرواية لانه في معناه وضعا الا ان العرف بخلافه وهو قاض على الوضع والفتوى على ان لا يملك قال فان كانا وكيلين بالخصومة لا يقبضان الا معا لانه رضي بامانتهما لا بامانة احدهما واجتماعهما ممكن بخلاف الخصومة على ما مر قال والوكيل بقبض الدين يكون وكيلا بالخصومة عند ابي حنيفة لان القبض غير الخصومة وليس كل من يؤتمن على المال يهتدي في الخصومات فلم يكن الرضا بالقبض رضا بها ولابي حنيفة انه وكله بالتملك لان الديون تقضى بامثالها اذ قبض الدين نفسه لا يتصور الا انه جعل استيفا لعين حقه من وجه فاشبه الوكيل باخذ الشفعة والرجوع في الهبة والوكيل بالشرا والقسمة والرد بالعيب وهذه اشبه باخذ الشفعة حتى يكون خصما قبل القبض كما يكون خصما قبل الاخذ هنالك والوكيل بالشرا لا

خصما قبل مباشرة الشرا وهذا لان المبادلة يقتضي حقوقا وهو اصيل فيها فيكون خصما فيها
قال والوكيل بقبض العين لا يكون وكيلا بالخصومة لانه امين محض والقبض ليس بمبادلة
فاشبه الرسول حتى ان من وكل وكيلا بقبض عبد له فاقام الذي هو في يديه البينة ان
الموكل باعه اياه وقف الامر حتى يحضر الغايب وهذا استحسان والقياس ان يدفع
الى الوكيل لان البينة قامت لا على خصم فلم تعتبر وجه الاستحسان انه خصم في قصر
يده لقيامه مقام الموكل في القبض فتقصر يده حتى لو حضر الغايب تعاد البينة على البيع و
صار كما اذا اقام البينة على ان الموكل عزله عن ذلك فانها تقبل في قصر يده كذا هذا قال
وكذلك العتاق والطلاق وغير ذلك ومعناه اذا اقامت المراة البينة على الطلاق
والعبد والامة على العتاق على الوكيل بنقلهم تقبل في قصر يده حتى يحضر الغايب استحسانا
دون العتق والطلاق قال واذا اقر الوكيل بالخصومة على موكله عند القاضي جاز
اقراره عليه ولا يجوز اقراره عند غير القاضي عند ابي حنيفة ومحمد استحسانا الا انه يخرج
من الوكالة وقال ابو يوسف يجوز اقراره عليه وان اقر في غير مجلس القضا وقال زفر و
الشافعي لا يجوز في الوجهين وهو قول ابي يوسف اولا وهو القياس لانه مامور
بالخصومة وهي منازعة والاقرار يضاده لانه مسالمة والامر بالشي لا يتناول ضده ولهذا
لا يملك الصلح والابرا ويصح اذا استثنى الاقرار وكذا لو وكل بالجواب مطلقا يتقيد
بجواب هو خصومة ولهذا يختار فيها الاهدى فالاهدى وجه الاستحسان ان التوكيل
صحيح وصحته يتناول ما يملكه قطعا وذلك مطلق الجواب دون احدهما عينا وطريق
المجاز موجود على ما نبينه ان شا الله فيصرف اليه تحريا للصحة قطعا ولو استثنى
الاقرار فعن ابي يوسف انه لا يصح لانه لا يملكه وعن محمد انه يصح لان للتنصيص زيادة
دلالة على ملكه اياه وعند الاطلاق يحمل على الاولى وعنه انه فصل بين الطالب والمطلوب
ولم يصحح في الثاني لكونه مجبورا عليه ويتخير الطالب فيه ثم بعد يقول ابو يوسف ان
الوكيل قايم مقام الموكل واقراره لا يختص بمجلس القضا وكذا اقرار نايبه وهما يقولان
ان التوكيل يتناول جوابا يسمى خصومة حقيقة او مجازا والاقرار في مجلس القضا خصومة
مجازا اما لانه خرج في مقابلة الخصومة او لانه سببه لان الظاهر اتيانه بالمستحق
وهو الجواب في مجلس القضا فيختص به لكن اذا اقيمت البينة على اقراره في غير مجلس القضا
يخرج عن الوكالة حتى لا يومر بدفع المال اليه لانه صار مناقضا وصار كالاب او الوصي
اذا اقر في مجلس القضا لا يصح ولا يدفع المال اليه قال ومن كفل بمال عن رجل فوكله
صاحب المال بقبضه عن الغريم لم يكن وكيلا في ذلك ابدا لان الوكيل من يعمل لغيره
ولو صححناها صار عاملا لنفسه في ابرا ذمته فانعدم الركن ولان قبول قوله ملازم

وجه الاستحسان ان الوكيل قائم مقام الموكل في القبض فهذه بينة قامت على خصم ... على الوكيل ... البينة على ان الموكل عزله عن الوكالة ... كفاية

للوكالة لكونه امينا ولو صححناها لا يقبل لكونه مبريا نفسه فينعدم بانعدام لازمه وهو نظير
عبد مديون اعتقه مولاه حتى ضمن قيمته للغرما ويطالب العبد بجميع الدين فلو وكله
الطالب بقبض المال عن العبد كان باطلا لما بينا قال ومن ادعى انه وكيل الغايب
في قبض دينه فصدقه الغريم امر بتسليم الدين اليه لانه اقرار على نفسه لان ما يقضيه
خالص ماله فان حضر الغايب فصدقه والا دفع اليه الغريم الدين ثانيا لانه لم يثبت
الاستيفا حيث انكر الوكالة والقول في ذلك قوله مع يمينه فيفسد الادا ويرجع به على
الوكيل ان كان باقيا في يده لان غرضه من الدفع برا ذمته ولم يحصل فله ان ينقض قبضه وان
كان ضاع في يده لم يرجع عليه لانه بتصديقه اعترف انه محق في القبض وهو مظلوم في
هذا الاخذ والمظلوم لا يظلم غيره قال الا ان يكون ضمنه عند الدفع لان الماخوذ
ثانيا مضمون عليه في زعمهما وهذه كفالة اضيفت الى حالة القبض فيصح الكفالة بما
ذاب له على فلان ولو كان الغريم لم يصدقه في الوكالة وانما دفع اليه على رجاء
الاجازة فاذا انقطع رجاوه رجع عليه وكذا اذا دفعه اليه على تكذيبه اياه في الوكالة وهذا
اظهر لما قلناه وفي الوجوه كلها ليس له ان يسترد المدفوع حتى يحضر الغايب لان المودي صار
حقا للغايب اما ظاهرا او محتملا فصار كما اذا دفعه الى الفضولي على رجا الاجازة لم يملك
الاسترداد لاحتمال الاجازة ولان من باشر التصرف لغرض ليس له ان ينقضه ما لم
يقع الياس عن غرضه ومن قال اني وكيل بقبض الوديعة فصدقه المودع لم يومر بالتسليم
اليه لانه اقر له بمال الغير بخلاف الدين ولو ادعى انه مات ابوه وترك الوديعة ميراثا له
لا وارث له غيره وصدقه المودع امر بالدفع اليه لانه لا يبقى ماله بعد موته فقد اتفقا
على انه مال الوارث ولو ادعى انه اشترى الوديعة من صاحبها وصدقه المودع لم يومر
بالدفع اليه لانه ما دام حيا كان اقرارا بملك الغير لانه من اهله فلا يصدقان في دعوى
البيع عليه قال فان وكل وكيلا بقبض مال فادعى الغريم ان صاحب المال قد استوفاه
فانه يدفع المال لان الوكالة قد ثبتت والاستيفا لم يثبت بمجرد دعواه فلا يوخر الحق
ويتبع رب المال فيستحلفه رعاية لجانبه ولا يستحلف الوكيل لانه نايب قال فان وكله
بعيب في الجارية فادعى البايع رضى المشتري لم يرد عليه حتى يحلف المشتري بخلاف مسألة الدين
لان التدارك ممكن هنالك باسترداد ما قبضه الوكيل اذا ظهر الخطا عند نكوله وفي
الثانية غير ممكن لان القضا بالفسخ ماض على الصحة وان ظهر الخطا عند ابي حنيفة ولا يستحلف
المشتري عنده بعد ذلك لانه لا يفيد فاما عندهما قالوا يجب ان يتحد الجواب على هذا في
الفصلين ولا يوخر لان التدارك ممكن عندهما لبطلان القضا وقيل الاصح عند ابي يوسف
ان يوخر في الفصلين لانه يعتبر النظر حتى يستحلف المشتري لو كان حاضرا من غير دعوى البايع

فينتظر للنظر قال ومن دفع الى رجل عشرة دراهم ينفقها على اهله فانفق عليهم عشرة من عنده
فالعشرة بالعشرة لان الوكيل بالانفاق وكيل بالشرا والحكم فيه ما ذكرناه وقد قررناه فهذا
كذلك وقيل هذا استحسان وفي القياس ليس له ذلك ويصير متبرعا وقيل القياس والاستحسان
في قضا الدين لانه ليس بشرا فاما الانفاق يتضمن الشرا فلا يدخلانه

باب عزل الوكيل

قال وللموكل ان يعزل الوكيل عن الوكالة لان الوكالة حقه فله ان يبطله الا اذا تعلق به حق
الغير بان كان وكيلا بالخصومة بطلب من جهة الطالب لما فيه من ابطال حق الغير وصار
كالوكالة التي تضمنها عقد الرهن قال فان لم يبلغه العزل فهو على وكالته وتصرفه جائز
حتى يعلم لان في العزل اضرارا به من حيث ابطال الولاية او من حيث رجوع الحقوق اليه
فينقد من مال الموكل ويسلم المبيع فيضمنه فيتضرر به ويستوي الوكيل بالنكاح وغيره للوجه
الاول وقد ذكرنا اشتراط العدد والعدالة في المخبر فلا نعيده قال وتبطل الوكالة
بموت الموكل وجنونه جنونا مطبقا ولحاقه بدار الحرب مرتدا لان التوكيل تصرف غير لازم
فيكون لدوامه حكم ابتدائه فلا بد من قيام الامر وقد بطل بهذه العوارض وشرط ان يكون
الجنون مطبقا لان قليله بمنزلة الاغما وحد المطبق شهر عند ابي يوسف اعتبارا بما يسقط
به الصوم وعنه اكثر من يوم وليلة لانه يسقط به الصلوات الخمس فصار كالميت وقال
محمد حول كامل لانه يسقط به جميع العبادات فقدر به احتياطا قالوا الحكم المذكور في اللحاق
قول ابي حنيفة لان تصرفات المرتد موقوفة عنده فكذا وكالته فان اسلم نفذ وان قتل
او لحق بدار الحرب بطلت الوكالة فاما عندهما تصرفاته نافذة فلا تبطل وكالته الا ان يموت
او يقتل على ردته او يحكم بلحاقه وقد مر في السير فان كان الموكل امراة فارتدت فالوكيل
على وكالته حتى تموت او تلحق بدار الحرب لان ردتها لا تؤثر في عقودها على ما عرف قال
واذا وكل المكاتب ثم عجز او الماذون له ثم حجر عليه او الشريكان فافترقا فهذه الوجوه تبطل
الوكالة على الوكيل علم او لم يعلم لما ذكرنا ان بقا الوكالة يعتمد قيام الامر وقد بطل بالحجر
والعجز والافتراق ولا فرق بين العلم وعدمه لان هذا عزل حكمي فلا يتوقف على العلم كالوكيل
بالبيع اذا باعه الموكل قال واذا مات الوكيل او جن جنونا مطبقا بطلت الوكالة
لانه لا يصح امره بعد جنونه وموته فان لحق بدار الحرب مرتدا لم يجز له التصرف الا ان
يعود مسلما قال رضي الله عنه وهذا عند محمد فاما عند ابي يوسف لا تعود الوكالة
لمحمد ان الوكالة اطلاق لانه رفع المانع اما الوكيل يتصرف بمعاني قائمة به وانما عجز بعارض
اللحاق لتباين الدارين فاذا زال العجز والاطلاق باق عاد وكيلا ولابي يوسف انه
اثبات ولاية التنفيذ لان ولاية اصل التصرف باهليته وولاية التنفيذ بالملك
وباللحاق لحق بالاموات فبطلت الولاية فلا تعود كملكه في ام الولد والمدبر ولو عاد

الموكل

مسلما وقد لحق بدار الحرب لا تعود الوكالة في الظاهر وعن محمد انه تعود كما قال في الوكيل والفرق
له على الظاهر ان مبنى الوكالة في حق الموكل على الملك وقد زال وفي حق الوكيل على معنى قائم به
ولم يزل باللحاق قال ومن وكل آخر بشي ثم تصرف بنفسه فيما وكل به بطلت الوكالة
وهذا اللفظ ينتظم وجوها مثل ان يوكله باعتاق عبده او بكتابته فاعتقه او كاتبه
الموكل بنفسه او يوكله بتزويج امراة او بشرا شي ففعله بنفسه او يوكل بطلاق فطلقها
الزوج ثلاثا او واحدة فانقضت عدتها او بالخلع فخالعها بنفسه واذا بانها لم يكن للوكيل
ان يزوجها منه لان الحاجة قد انقضت بخلاف ما اذا تزوجها الوكيل وابانها له ان
يزوجها للموكل لبقا الحاجة وكذا لو وكله ببيع عبده فباعه بنفسه فلو رد عليه بعيب
بقضا قاض فعن ابي يوسف انه ليس للوكيل ان يبيعه بنفسه منع له عن التصرف فصار
كالعزل وقال محمد له ان يبيعه مرة اخرى لان الوكالة باقية لانه اطلاق والعجز قد زال
حقيقة بخلاف ما اذا وكله بالهبة فوهب بنفسه ثم رجع لم يكن للوكيل ان يهب لانه
مختار في الرجوع فكان دليل عدم الحاجة اما الرد بقضا بغير اختياره فلم يكن دليل زوال
الحاجة فاذا عاد اليه قديم ملكه كان له ان يبيعه

كتاب الدعوى

قال المدعي
من لا يجبر على الخصومة اذا تركها والمدعى عليه من يجبر على الخصومة ومعرفة الفرق بينهما
من اهم ما يبتنى عليه مسائل الدعوى وقد اختلفت عبارات المشايخ فيه فمنها ما قال
في الكتاب وهو حد عام صحيح وقيل المدعي من لا يستحق الا بحجة كالخارج والمدعى عليه
من يكون مستحقا بقوله من غير حجة كذي اليد وقيل المدعي من يتمسك بغير الظاهر والمدعى
عليه من يتمسك بالظاهر وقال محمد الاصل المدعى عليه هو المنكر وهذا صحيح لكن الشان
في معرفته والترجيح بالفقه عند الحذاق من اصحابنا لان الاعتبار للمعاني دون الصور
فان المودع اذا قال رددت الوديعة فالقول قوله مع اليمين وان كان مدعيا
للرد صورة لانه ينكر الضمان قال ولا تقبل الدعوى حتى يذكر شيئا معلوما في جنسه
وقدره لان فائدة الدعوى الالزام بواسطة اقامة الحجة والالزام في المجهول لا يتحقق
فان كان عينا في يد المدعى عليه كلف احضارها ليشير اليها بالدعوى وكذا في الشهادة
والاستحلاف لان الاعلام باقصى ما يمكن شرط وذلك بالاشارة في المنقول لان
النقل ممكن والاشارة ابلغ في التعريف ويتعلق بالدعوى وجوب الحضور وعلى هذا
القضاة من آخرهم في كل عصر ووجوب الجواب اذا حضر ليفيد حضوره ولزوم احضار
العين المدعاة لما قلنا واليمين اذا انكره وسنذكره ان شا الله قال وان لم تكن
حاضرة ذكر قيمتها ليصير المدعى معلوما لان العين لا تعرف بالوصف والقيمة تعرف به
وقد تعذر مشاهدة العين وقال الفقيه ابو الليث يشترط مع بيان القيمة ذكر الذكورة

ولا نوع قال فان ادعى عقارا حدده وذكر انه في يد المدعى عليه وانه يطالبه به لانه تعذر
التعريف بالاشارة لتعذر النقل فيصار الى التحديد فان العقار يعرف به ويذكر الحدود
الاربعة ويذكر اسماء اصحاب الحدود وانسابهم ولابد من ذكر الجد لان تمام التعريف به
عند ابي حنيفة على ما عرف هو الصحيح ولو كان الرجل معروفا يكتفي بذكره فان ذكر ثلاثة من
الحدود يكتفي بها عندنا خلافا لزفر لوجود الاكثر بخلاف ما اذا غلط في الرابعة لانه يختلف به
المدعى ولا كذلك بتركها كما يشترط التحديد في الدعوى يشترط في الشهادة وقوله في الكتاب
وذكر انه في يد المدعى عليه لابد منه لانه انما ينتصب خصما اذا كان في يده وفي العقار لا يكتفي
بذكر المدعي وتصديق المدعى عليه انه في يده انه في يده بل لا يثبت اليد فيه الا بالبينة او علم
القاضي هو الصحيح نفيا لتهمة المواضعة اذ العقار عساه في يد غيرهما بخلاف المنقول لان اليد
فيه مشاهدة قوله وانه يطالبه به لان المطالبة حقه فلا بد من طلبه ولانه يحتمل ان يكون
مرهونا في يده او محبوسا بالثمن في يده وبالمطالبة يزول هذا الاحتمال وعن هذا قالوا في
المنقولات يجب ان يقول في يده بغير حق قال وان كان حقا في الذمة ذكر انه يطالبه
به لما قلنا وهذا لان صاحب الذمة قد حضر فلم يبق الا المطالبة لكن لا بد من تعريفه بالوصف
لانه يعرف به قال واذا صحت الدعوى سال المدعى عليه عنها لينكشف له وجه الحكم
فان اعترف قضى عليه بها لان الاقرار موجب بنفسه فيامره بالخروج عنه وان انكر سال المدعي
البينة لقوله عليه السلام الك بينة فقال لا فقال لك يمينه سال ورتب اليمين على فقد
البينة فلا بد من السؤال ليمكنه الاستحلاف قال فان احضرها قضى بها لانتفاء التهمة
عنها وان عجز عن ذلك وطلب يمين خصمه استحلفه عليها لما روينا ولا بد من طلبه لان اليمين
حقه الا ترى كيف اضيف اليه بحرف اللام

باب اليمين

واذا قال المدعي لي بينة حاضرة
وطلب اليمين لم يستحلف عند ابي حنيفة معناه حاضرة في المصر وقال ابو يوسف
يستحلف لان اليمين حقه بالحديث المعروف فاذا طالبه يجيبه ولابي حنيفة ان ثبوت الحق في
اليمين مرتب على العجز عن اقامة البينة لما روينا فلا يكون حقه دونه كما اذا كانت البينة حاضرة
في المجلس ومحمد مع ابي يوسف فيما ذكر الخصاف ومع ابي حنيفة فيما ذكره الطحاوي
ولا ترد اليمين على المدعي لقوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين على من انكر قسم والقسمة
تنافي الشركة وجعل جنس الايمان على المنكرين وليس وراء الجنس شيء وفيه خلاف الشافعي
قال ولا تقبل بينة صاحب اليد في الملك المطلق وبينة الخارج اولى وقال الشافعي
يقضى ببينة ذي اليد لاعتضادها باليد فيتقوى الظهور وصار كالنتاج والنكاح ودعوى الملك
مع الاعتاق او الاستيلاد او التدبير ولنا ان بينة الخارج اكثر اثباتا او اظهارا لان قدر
ما اثبته اليد لا تثبته البينة وكذا على الاعتاق واخته وعلى الولاء الثابت بها قال واذا نكل
المدعى عليه عن اليمين قضى عليه بالنكول والزمه ما ادعى وقال الشافعي لا يقضي به بل يرد اليمين على المدعي

فاذا حلف يقضي به لان النكول يحتمل التورع عن اليمين الكاذبة والترفع عن الصادقة
واشتباه الحال فلا ينتصب حجة مع الاحتمال ويمين المدعي دليل الظهور فيصار اليه ولنا ان
النكول دل على كونه باذلا او مقرا اذ لولا ذلك لاقدم على اليمين اقامة للواجب ودفعا
للضرر عن نفسه فيترجح هذا الجانب ولا وجه لرد اليمين لما قدمناه قال وينبغي للقاضي ان
يقول له اني اعرض عليك اليمين ثلاثا فان حلفت والا قضيت عليك بما ادعاه وهذا
الانذار لاعلامه بالحكم اذ هو موضع الخفاء قال فاذا كرر العرض عليه ثلاث مرات قضى عليه
بالنكول وهذا التكرار ذكره الخصاف لزيادة الاحتياط والمبالغة في ابلاء العذر واما
المذهب انه لو قضى بالنكول بعد العرض مرة جاز لما قدمنا هو الصحيح والاول اولى ثم النكول
قد يكون حقيقيا كقوله لا احلف وقد يكون حكميا بان يسكت وحكمه حكم الاول اذا علم انه لا افة
به من طرش او خرس هو الصحيح قال واذا كانت الدعوى نكاحا لم يستحلف المنكر عند ابي حنيفة
ولا يستحلف عنده في النكاح والرجعة والفيء في الايلاء والرق والاستيلاد والولاء والحدود
واللعان وقالا يستحلف في ذلك كله الا في الحدود واللعان وصورة الاستيلاد ان تقول
الجارية انا ام ولد لمولاي وهذا ابني منه وانكر المولى لانه لو ادعى المولى ثبت الاستيلاد باقراره
ولا يلتفت الى انكارها لهما ان النكول اقرار لانه يدل على كونه كاذبا في الانكار على ما
قدمناه فكان اقرارا او بدلا عنه والاقرار يجري في هذه الاشياء لكنه اقرار فيه شبهة والحدود
تندرئ بالشبهات واللعان في معنى الحد ولابي حنيفة انه بذل لان معه لا تبقى اليمين واجبة
لحصول المقصود وانزاله باذلا اولى كيلا يصير كاذبا في الانكار والبذل لا يجري في هذه الاشياء
وفائدة الاستحلاف القضاء بالنكول فلا يستحلف الا ان هذا بذل لدفع الخصومة فيملكه
المكاتب والعبد الماذون بمنزلة الضيافة اليسيرة وصحته في الدين بناء على زعم المدعي وهو
يقبضه حقا لنفسه والبذل معناه هنا ترك المنع وامر المال هين قال ويستحلف
السارق فان نكل ضمن ولم يقطع لان المنوط بفعله شيئان الضمان ويعمل فيه النكول والقطع
ولا يثبت به فصار كما اذا شهد عليها رجل وامراتان قال واذا ادعت المراة طلاقا قبل
الدخول استحلف الزوج فان نكل ضمن نصف المهر في قولهم جميعا لان الاستحلاف يجري
في الطلاق عندهم لا سيما اذا كان المقصود هو المال وكذا في النكاح اذا ادعت هي الصداق
لان ذلك دعوى المال ثم يثبت المال بنكوله ولا يثبت النكاح وكذا في النسب اذا ادعى
حقا كالارث والحجر في اللقيط والنفقة وامتناع الرجوع في الهبة لان المقصود هذه
الحقوق وانما يستحلف في النسب المجرد عندهما اذا كان يثبت باقراره كالاب والابن في
حق الرجل والاب في حق المراة لان في دعواها الابن تحميل النسب على الغير والمولى والزوج
في حقهما قال ومن ادعى قصاصا على غيره فجحد استحلف في جحده بالاجماع ثم ان نكل عن
اليمين فيما دون النفس يلزمه القصاص وان نكل في النفس حبس حتى يقر او يحلف وهذا عند

ابي حنيفة وعندهما لزمه الارش فيهما لان النكول اقرار فيه شبهة عندهما فلا يثبت به القصاص
ويجب المال خصوصا اذا كان امتنع القصاص لمعنى من جهة من عليه كما اذا اقر بالخطا والولي
يدعي العمد ولابي حنيفة ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فيجري فيها البذل بخلاف
الانفس فانه لو قال اقطع يدي فقطعها لا يجب الضمان وهذا اعمال للبذل الا انه لا يباح لعدم
الفائدة وهذا البذل مفيد لاندفاع الخصومة به فصار كقطع اليد للاكلة وقلع السن
للوجع واذا امتنع القصاص في النفس واليمين حق مستحق يحبس به كما في القسامة قال
واذا قال المدعي لي بينة حاضرة قيل للخصم اعطه كفيلا بنفسك ثلاثة ايام كيلا يغيب نفسه
فيضيع حقه والكفالة بالنفس جائزة عندنا وقد مر من قبل واخذ الكفيل بمجرد الدعوى استحسان
عندنا لان فيه نظرا للمدعي وليس فيه كثير ضرر بالمدعى عليه وهذا لان الحضور مستحق عليه بمجرد
الدعوى حتى يعدى عليه ويحال بينه وبين اشغاله فيصح التكفيل باحضاره والتقدير
بثلاثة ايام مروي عن ابي حنيفة وهو الصحيح ولا فرق في الظاهر بين الخامل والوجيه والحقير
من المال والخطير ثم لا بد من قوله لي بينة حاضرة للتكفيل ومعناه في المصر حتى لو قال المدعي
لا بينة لي او شهودي غيب لا يكفل لعدم الفائدة قال فان فعل والا امر بملازمته
كيلا يذهب حقه الا ان يكون غريبا فيلازم مقدار مجلس القاضي وكذا لا يكفل الا الى اخر المجلس
فالاستثناء منصرف اليهما لان في اخذ الكفيل والملازمة زيادة على ذلك اضرارا به بمنعه عن
السفر ولا ضرر في هذا المقدار ظاهرا وكيفية الملازمة نذكرها في كتاب الحجر ان شاء الله

فصل

في كيفية اليمين والاستحلاف قال واليمين بالله دون غيره لقوله عليه السلام من كان منكم
حالفا فليحلف بالله او ليذر وقال من حلف بغير الله فقد اشرك ويؤكد بذكر اوصافه وهو
التغليظ وذلك مثل ان يقول والله الذي لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة هو الرحمن
الرحيم الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية ما لفلان هذا عليك ولا قبلك هذا
المال الذي ادعاه وهو كذا وكذا ولا شيء منه وله ان يزيد في التغليظ على هذا وله
ان ينقص منه الا انه يحتاط كيلا يتكرر عليه اليمين لان المستحق يمين واحدة قال
ولا يستحلف بالطلاق والعتاق لما روينا وقيل في زماننا اذا الح الخصم ساغ للقاضي
ان يحلف بذلك لقلة المبالاة باليمين بالله قال ويستحلف اليهودي بالله الذي
انزل التوراة على موسى والنصراني بالله الذي انزل الانجيل على عيسى لقوله عليه السلام
لابن صوريا الاعور انشدك بالله الذي انزل التوراة على موسى ان حكم الزنا في كتابكم
هذا ولان اليهودي يعتقد نبوة موسى عليه السلام والنصراني يعتقد نبوة عيسى عليه السلام
فتغلظ على كل واحد منهما بذكر المنزل على نبيه ويحلف المجوسي بالله الذي خلق النار وهكذا ذكر محمد
في الاصل ويروى عن ابي حنيفة في النوادر انه لا يستحلف احد الا بالله خالصا وذكر الخصاف
انه لا يستحلف غير اليهودي والنصراني الا بالله وهو اختيار بعض مشايخنا رحمهم الله لان في ذكر النار

اسم الله تعظيما وما ينبغي ان يعظم بخلاف الكتابين لان كتب الله معظمة والوثني لا يحلف
الا بالله لان الكفرة باسرهم يعتقدون الله كما نطق به النص وهو قوله تعالى ولئن سالتهم
من خلق السموات والارض ليقولن الله قال ولا يحلفون في بيوت عباداتهم لان القاضي
لا يحضرها بل هو ممنوع عن ذلك قال ولا يجب تغليظ اليمين على المسلم بزمان
ولا مكان لان المقصود تعظيم المقسم به وهو حاصل بدون ذلك وفي ايجاب ذلك حرج
على القاضي حيث يكلف حضورها وهو مدفوع قال ومن ادعى انه ابتاع من هذا
عبده بالف فجحد استحلف بالله ما بينكما بيع قائم فيه ولا يستحلف بالله ما بعت
لانه قد يبيع ثم يفسخ بالهبة والبيع وفي النكاح بالله ما بينكما نكاح قائم في الحال
لانه قد يطرى عليه الخلع وفي دعوى الطلاق ما هي بائن منك الساعة بما ذكرت
ولا يستحلف بالله ما طلقها لان النكاح قد يجدد بعد الابانة فيحلف على الحاصل في
هذه الوجوه لانه لو حلف على السبب يتضرر به المدعى عليه وهذا قول ابي حنيفة ومحمد
اما على قول ابي يوسف فيحلف في جميع ذلك على السبب الا اذا عرض بما ذكرنا فحينئذ
يحلف على الحاصل وقيل ينظر الى انكار المدعى عليه ان انكر السبب يحلف عليه وان انكر
الحكم يحلف على الحاصل والحاصل هو الاصل عندهما اذا كان سببا يرتفع برافع الا
اذا كان فيه ترك النظر في جانب المدعي فيحلف حينئذ على السبب بالاجماع وذلك
مثل ان تدعي مبتوتة نفقة والزوج ممن لا يراها او ادعى شفعة بالجوار والمشتري لا
يراها لانه لو حلف على الحاصل يصدق في يمينه في معتقده فيفوت النظر في حق
المدعي وان كان سببا لا يرتفع برافع فالتحليف على السبب بالاجماع كالمسلم اذا ادعى
العتق على مولاه بخلاف الامة والعبد الكافر لانه يتكرر الرق عليها بالردة وعليه
بنقض العهد واللحاق ولا يتكرر على العبد المسلم قال ومن ورث عبدا وادعى
اخر استحلف على علمه لانه لا علم له بما صنع المورث فلا يحلف على البتات وان وهب له
او اشتراه يحلف على البتات لان المطلق لليمين موجود اذ الشراء والهبة سبب لثبوت
الملك وضعا قال ومن ادعى على اخر مالا فافتدى يمينه او صالحه منها على عشرة
فهو جائز وهو ماثور عن عثمان رضي الله عنه وليس له ان يستحلفه على تلك اليمين ابدا لانه
اسقط حقه

باب التحالف

واذا اختلف المتبايعان في البيع وادعى احدهما ثمنا وادعى البائع
اكثر منه او اعترف البائع بقدر من المبيع وادعى المشتري اكثر منه
واقام احدهما البينة قضي له بها لان في الجانب الاخر مجرد الدعوى والبينة اقوى
منها وان اقام كل واحد منهما البينة كانت البينة المثبتة للزيادة اولى لان البينات
للاثبات ولا تعارض في الزيادة ولو كان الاختلاف في الثمن والمبيع جميعا فبينة
البائع اولى في الثمن وبينة المشتري اولى في المبيع نظرا الى زيادة الاثبات فان لم

يكن لكل واحد منهما بينة قيل للمشتري اما ان ترضى بالثمن الذي ادعاه البايع والا فسخنا
البيع وقيل للبايع اما ان تسلم ما ادعاه المشتري من المبيع والا فسخنا البيع لان المقصود
قطع المنازعة وهذا جهة فيه لانه ربما لا يرضيان بالفسخ واذا علما به يتراضيان فان لم
يتراضيا استحلف الحاكم كل واحد منهما على دعوى الاخر وهذا التحالف قبل القبض على وفاق
القياس لان البايع يدعي زيادة الثمن والمشتري ينكره والمشتري يدعي وجوب التسليم
المبيع بما نقد والبايع ينكره فكل منهما منكر فيحلف فاما بعد القبض فمخالف للقياس
لان المشتري لا يدعي شيا لان المبيع سالم له بقي دعوى البايع في زيادة الثمن والمشتري
ينكره فيكتفي بحلفه لكنا عرفناه بالنص وهو قوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان
والسلعة قايمة بعينها تحالفا وترادا قال ويبتدي بيمين المشتري وهذا قول محمد
وابو يوسف اخرا وهو رواية عن ابي حنيفة وهو الصحيح لان المشتري اشدهما انكارا لانه
يطالب بالثمن اولا ولانه يتعجل فايدة النكول وهو الزام الثمن ولو بدي بيمين البايع تتاخر
المطالبة بتسليم المبيع الى زمان استيفا الثمن وكان ابو يوسف اولا يبدي بيمين البايع
لقوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان فالقول ما قاله البايع خصه بالذكر واقل
فايدة التقديم وان كان بيع عين بعين او ثمن بثمن بدا القاضي بيمين ايهما شا لاستوائهما
وصفة اليمين ان يحلف البايع بالله ما باعه بالف ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بالفين
وقال في الزيادات يحلف بالله ما باعه بالف ويحلف المشتري ما اشتراه بالفين و
لقد اشتراه بالف يضم الاثبات الى النفي تاكيدا والاصح الاقتصار على النفي لان الايمان
على ذلك وضعت دل عليه حديث القسامة بالله ما قتلتم وما علمتم له قاتلا
فان حلفا فسخ القاضي البيع بينهما وهذا يدل على انه لا ينفسخ بنفس التحالف لانه لم
يثبت ما ادعاه كل واحد منهما فيبقى بيع مجهول فيفسخه القاضي قطعا للمنازعة او يقال
اذا لم يثبت البدل يبقى بيعا بلا بدل وهو فاسد ولا بد من الفسخ في البيع الفاسد
قال وان نكل احدهما عن اليمين لزمه دعوى الاخر لانه جعل باذلا فلم تبق دعواه
معارضا لدعوى الاخر فلزم القول بثبوته قال وان اختلفا في الاجل او في شرط الخيار
او في استيفا بعض الثمن فلا تحالف بينهما لان هذا اختلاف في غير المعقود عليه والمعقود
به فاشبه الاختلاف في الحط والابرا وهذا لان بانعدامه لا يختل ما به قوام العقد
بخلاف الاختلاف في وصف الثمن وجنسه حيث يكون بمنزلة الاختلاف في القدر في
جريان التحالف لان ذلك يرجع الى نفس الثمن فان الثمن دين وهو يعرف بالوصف ولا
كذلك الاجل لانه ليس بوصف الا ترى ان الثمن موجود بعد مضيه قال والقول قول
من ينكر الخيار والاجل مع يمينه لانهما يثبتان بعارض الشرط والقول لمنكر العوارض
قال فان هلك المبيع ثم اختلفا لم يتحالفا عند ابي حنيفة وابي يوسف والقول
قول المشتري وقال محمد يتحالفان ويفسخ البيع على قيمة الهالك وهو قول الشافعي

وعلى هذا اذا خرج المبيع عن ملكه او صار بحال لا يقدر على رده بالعيب لهما ان كل واحد
منهما يدعي غير العقد الذي يدعيه صاحبه والاخر ينكره فانه يفيد دفع زيادة الثمن فيتحالفان
كما اذا اختلفا في جنس الثمن بعد هلاك السلعة ولابي حنيفة وابي يوسف ان التحالف بعد
القبض على خلاف القياس لما انه سلم للمشتري ما يدعيه وقد ورد الشرع به في حال قيام السلعة
والتحالف فيه يفضي الى الفسخ ولا كذلك بعد هلاكها لارتفاع العقد فلم يكن في
معناه ولانه لا يبالي بالاختلاف في السبب بعد حصول المقصود وانما يراعى من
الفايدة ما يوجبه العقد وفايدة دفع زيادة الثمن ليست من موجباته وهذا اذا كان
الثمن دينا فان كان عينا يتحالفان لان المبيع في احد الجانبين قايم فتتوفر فايدة الفسخ
ثم يرد مثل الهالك ان كان مثليا او قيمته ان لم يكن له مثل قال وان هلك
احد العبدين ثم اختلفا في الثمن لم يتحالفا عند ابي حنيفة الا ان يرضى البايع ان ياخذ
الحي ولا شي له يترك حصة الهالك وفي الجامع الصغير القول قول المشتري مع يمينه
عند ابي حنيفة الا ان يشا البايع ان ياخذ الحي ولا شي له وقال ابو يوسف يتحالفان
في الحي ويفسخ العقد في الحي والقول قول المشتري في قيمة الهالك وقال محمد
يتحالفان عليهما ويرد الحي وقيمة الهالك لان هلاك كل السلعة لا يمنع التحالف عنده
فهلاك البعض اولى ولابي يوسف ان امتناع التحالف للهلاك فيتقدر بقدره
ولابي حنيفة ان التحالف على خلاف القياس في حال قيام السلعة وهي اسم لجميع
اجزائها فلا تبقى السلعة بفوات بعضها ولانه لا يمكن التحالف في القايم الا على
اعتبار حصته من الثمن ولا بد من القسمة وهي تعرف بالحزر والظن فيؤدي الى التحالف
مع الجهل وذلك لا يجوز الا ان يرضى البايع ان يترك حصة الهالك اصلا لانه حينئذ
يكون الثمن كله بمقابلة الحي ويخرج الهالك عن العقد فيتحالفان هذا تخريج بعض
المشايخ ويصرف الاستثنا عندهم الى التحالف كما ذكرنا وقالوا ان المراد من قوله
في الجامع الصغير ياخذ الحي ولا شي له معناه لا ياخذ من ثمن الهالك بقدر ما اقر به
المشتري وانما لا ياخذ الزيادة وعلى قول هولا ينصرف الاستثنا الى يمين المشتري
لا الى التحالف لانه لما اخذ البايع بقول المشتري فقد صدقه ولا يحلف المشتري ثم
تفسير التحالف على قول محمد ما بيناه في القايم فاذا اختلفا ولم يتفقا على شي وادعى
احدهما الفسخ او كلاهما يفسخ العقد بينهما ويامر القاضي المشتري برد الباقي وقيمة الهالك
واختلفوا في تفسيره على قول ابي يوسف والصحيح ان يحلف المشتري بالله ما اشتريتهما
بما يدعيه البايع فان نكل يثبت ما ادعاه البايع وان حلف يحلف البايع بالله ما بعتهما
بالثمن الذي يدعيه المشتري فان نكل لزمه دعوى المشتري وان حلف يفسخان العقد في القايم

ويسقط حصة من الثمن ويلزم المشتري حصة الهالك ويعتبر قيمتهما في الانقسام يوم القبض
فان اختلفا في قيمة الهالك يوم القبض فالقول للبايع مع يمينه وايهما اقام البينة تقبل
بينته وان اقاماها فبينة البايع اولى وهو قياس ما ذكر في بيوع الاصل اشترى عبدين وقبضهما
ثم رد احدهما بعيب وهلك الآخر عنده يجب عليه ثمن ما هلك عنده ويسقط عنه ثمن ما رده وينقسم
الثمن على قيمتهما فان اختلفا في قيمة الهالك فالقول قول البايع لان الثمن قد وجب باتفاقهما
ثم المشتري يدعي زيادة السقوط بدعوى النقصان في قيمة الهالك والبايع ينكره فالقول
للمنكر وان اقاما البينة فبينة البايع اولى لانها اكثر اثباتا ظاهرا لاثباتها الزيادة في قيمة
الهالك وهذا الفقه وهو ان في الايمان يعتبر الحقيقة لانها تتوجه على احد العاقدين وهما
يعرفان حقيقة الحال فيعتبر الظاهر في حقهما والبايع مدعي ظاهرا فلهذا يقبل بينته ايضا
ويترجح بالزيادة الظاهرة على ما مر وهذا يبين لك معنى ما ذكرناه في قول ابي يوسف
قال ومن اشترى جارية وقبضها ثم تقايلا ثم اختلفا في الثمن فانهما يتحالفان ويعود
البيع الاول ونحن ما اثبتنا التحالف فيه بالنص لانه ورد في البيع المطلق والاقالة فسخ
في حق المتعاقدين وانما اثبتناه بالقياس لان المسألة مفروضة قبل القبض والوارث
على العاقد والقيمة على العين فيما اذا استهلكه المشتري غيره ولو قبض البايع المبيع بعد الاقالة
فلا تحالف عند ابي حنيفة وابي يوسف خلافا لمحمد لانه يرى النص معلولا بعد القبض ايضا
قال ومن اسلم عشرة دراهم في كر حنطة ثم تقايلا ثم اختلفا في الثمن فالقول قول المسلم
اليه ولا يعود السلم لان الاقالة في باب السلم لا يحتمل النقض لانه اسقاط فلا يعود السلم
بخلاف الاقالة في البيع الا ترى ان راس المال لو كان عرضا فرده بعيب وهلك قبل التسليم
الى رب السلم لا يعود السلم ولو كان ذلك في بيع العين يعود البيع دل على الفرق
بينهما قال وان اختلف الزوجان في المهر فادعى الزوج انه تزوجها بالف وقالت
تزوجتني بالفين فايهما اقام البينة تقبل بينته لانه نور دعواه بالحجة وان اقاما البينة
فالبينة بينة المرأة لانها تثبت الزيادة معناه اذا كان مهر مثلها اقل مما ادعته وان لم تكن لهما
بينة تحالفا عند ابي حنيفة ولا يفسخ النكاح لان اثر التحالف في انعدام التسمية وانه لا يخل
بصحة النكاح لان المهر تابع فيه بخلاف البيع لان عدم التسمية يفسده على ما مر فيفسخ ولكن
يحكم مهر المثل فان كان مثل ما اعترف به الزوج او اقل قضي بما قال الزوج لان الظاهر
شاهد له وان كان مثل ما ادعته المرأة او اكثر قضي بما ادعت المرأة لشهادة الظاهر لها و
ان كان مهر مثلها اكثر مما اعترف به الزوج واقل مما ادعته المرأة قضي لها بمهر المثل لانهما
لما تحالفا لم تثبت الزيادة على مهر المثل ولا الحط عنه قال رضي الله عنه ذكر التحالف هاهنا
اولا ثم التحكيم وهو قول الكرخي لان مهر المثل لا اعتبار له مع وجود التسمية وسقوطها

بالتحالف

بالتحالف فهذا يتقدم في الوجوه كلها ويبدأ بيمين الزوج عند ابي حنيفة ومحمد تعجيلا
لفائدة النكول كما في المشتري وتخريج الرازي بخلافه وقد استقصيناه في النكاح وذكرنا
خلاف ابي يوسف فلا نعيده ولو ادعى الزوج النكاح على هذا العبد والمرأة تدعيه على هذه الجارية
فهو كالمسألة المتقدمة الا ان قيمة الجارية اذا كانت مثل مهر المثل يكون لها قيمتها دون عينها
لان تملكها لا يكون الا بالتراضي ولم يوجد فوجب القيمة قال وان اختلفا في الاجارة
قبل استيفاء المعقود عليه تحالفا وترادا معناه اختلفا في البدل او في المبدل لان التحالف
في البيع قبل القبض على وفاق القياس على ما مر والاجارة قبل قبض المنفعة نظير البيع قبل
قبض المبيع وكلامنا قبل استيفاء المنفعة فان وقع الاختلاف في الاجرة بدأ بيمين المستاجر
لانه منكر لوجوب الاجرة وان وقع في المنفعة بدئ بيمين الموجر وايهما نكل لزمه دعوى صاحبه
وايهما اقام البينة قبلت ولو اقاماها فبينة الموجر اولى ان كان الاختلاف في الاجرة وان
كان في المنافع فبينة المستاجر وان كان فيهما قبلت بينة كل واحد منهما فيما يدعيه من الفضل
نحو ان يدعي هذا شهرا بعشرة والمستاجر شهرين بخمسة يقضى بشهرين بعشرة قال
وان اختلفا بعد الاستيفاء لم يتحالفا وكان القول قول المستاجر وهذا عند ابي حنيفة وابي
يوسف ظاهر لان هلاك المعقود عليه يمنع التحالف عندهما وكذا على اصل محمد لان الهلاك
انما لا يمنع عنده في المبيع لما ان له قيمة تقوم مقامه فيتحالفان عليها ولو جرى التحالف
هنا وفسخ العقد فلا قيمة لان المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد وتبين انه لا عقد
فاذا امتنع فالقول للمستاجر مع يمينه لانه هو المستحق عليه فان اختلفا بعد استيفاء
بعض المعقود عليه تحالفا وفسخ العقد فيما بقي وكان القول في الماضي قول المستاجر لان
العقد فيه صفقة واحدة فاذا تعذر في البعض تعذر في الكل قال وان اختلف
المولى والمكاتب في مال الكتابة لم يتحالفا عند ابي حنيفة وقالا يتحالفان وتفسخ الكتابة
وهو قول الشافعي لانه عقد معاوضة يقبل الفسخ فاشبه البيع والجامع بينهما ان
المولى يدعي بدلا زائدا ينكره العبد والعبد يدعي استحقاق العتق عليه عند اداء
القدر الذي يدعيه والمولى ينكره فيتحالفان كما اذا اختلفا في الثمن ولابي حنيفة ان البدل
مقابل بفك الحجر في حق اليد والتصرف للحال وهو سالم للعبد وانما ينقلب مقابلا
بالعتق عند الاداء وقبله لا مقابلة فبقي اختلافا في قدر البدل لا غير فلا يتحالفان
قال وان اختلف الزوجان في متاع البيت فما يصلح للرجال فهو للرجل مع يمينه
لان الظاهر شاهد له وما يصلح للنساء فهو للمرأة كالوقاية لشهادة الظاهر لها وما يصلح
لهما كالآنية فهو للرجل لان المرأة وما في يدها في يد الزوج والقول في الدعاوى لصاحب
اليد بخلاف ما يختص بها لانه يعارضه ظاهر اقوى منه ولا فرق بينهما اذا كان الاختلاف

في حال قيام النكاح او بعد ما وقعت الفرقة فان مات احدهما واختلفت ورثته مع
الآخر فما يصلح للرجال والنساء فهو للباقي منهما لان اليد للحي دون الميت وهذا الذي
ذكرناه قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف يدفع الى المراة ما يجهز به مثلها والباقي للزوج
مع يمينه لان الظاهر ان المراة تاتي بالجهاز وهو اقوى فيبطل به ظاهر الزوج ثم في الباقي
لا معارض لظاهره فيعتبر والطلاق والموت سواء لقيام الورثة مقام مورثهم وقال
محمد ما كان للرجال فهو للرجل وما كان للنساء فهو للمراة وما يكون لهما فهو للرجل او لورثته
لما قلنا لابي حنيفة والطلاق والموت سواء لقيام الورثة مقام المورث وان كان
احدهما مملوكا فالمتاع للحر في حالة الحياة لان يد الحر اقوى وللحي بعد الممات لانه لا يد للميت فخلت
يد الحي عن المعارض وهذا عند ابي حنيفة وقالا العبد الماذون له في التجارة والمكاتب
بمنزلة الحر لان لهما يدا معتبرة في الخصومات **فصل** فيمن لا يكون خصما واذا قال
المدعى عليه هذا الشيء اودعنيه فلان الغائب او رهنه عندي او غصبته منه واقام بينة
على ذلك فلا خصومة بينهما وكذا اذا قال آجرنيه واقام البينة لانه اثبت ببينته ان يده
ليست بيد خصومة وقال ابن شبرمة لا تندفع لانه تعذر اثبات الملك للغائب لعدم الخصم عنه ودفع
الخصومة بناء عليه قلنا مقتضى البينة شيئان ثبوت الملك للغائب ولا خصم فيه فلم
يثبت ودفع خصومة المدعي وهو خصم فيه فيثبت وهو كالوكيل بنقل المراة واقامتها البينة
على الطلاق كما بيناه من قبل ولا تندفع بدون اقامة البينة لانه صار خصما بظاهر يده فهو
باقراره يريد ان يحول حقا مستحقا على نفسه فلا يصدق الا بالحجة كما اذا ادعى تحول الدين
من ذمته الى ذمة غيره وقال ابو يوسف ان كان الرجل صالحا فالجواب كما قلناه وان كان
معروفا بالحيل لا تندفع عنه الخصومة لان المحتال من الناس قد يدفع ماله الى مسافر يودعه
اياه ويشهد عليه الشهود فيحتال لابطال حق غيره فاذا اتهمه القاضي لا يقبله ولو قال الشهود
اودعه رجل لا نعرفه لا تندفع الخصومة لاحتمال ان يكون المودع هو هذا المدعي ولانه ما احاله
الى معين يمكن المدعي اتباعه ولو اندفعت لتضرر به المدعي ولو قالوا نعرفه بوجهه ولا نعرفه باسمه
ونسبه فكذا الجواب عند محمد للوجه الثاني وعند ابي حنيفة يندفع لانه اثبت ببينته ان العين
وصل اليه من جهة غيره حين عرفه الشهود بوجهه بخلاف الفصل الاول فلم يكن يده يد خصومة
وهو المقصود والمدعي هو الذي اضر بنفسه حيث نسي خصمه او اضر شهوده وهذه المسئلة
مخمسة كتاب الدعوى وذكرنا الاقوال الخمسة في كفاية المنتهى وان قال ابتعته من الغائب فهو خصم
لانه لما زعم ان يده يد ملك اعترف بكونه خصما وان قال المدعي غصبته مني او سرق مني
لا تندفع الخصومة وان اقام ذو اليد البينة على الوديعة لانه انما صار خصما بدعوى الفعل
عليه لا بيده بخلاف دعوى الملك المطلق لانه خصم فيه باعتبار يده حتى لا يصح دعواه

على غير ذي اليد وتصح دعوى الفعل وان قال المدعي سرق مني وقال صاحب اليد اودعنيه
فلان واقام البينة لم تندفع الخصومة وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف وهو استحسان
وقال محمد تندفع لانه لم يدع عليه الفعل فصار كما اذا قال غصب مني على ما لم يسم فاعله
ولهما ان ذكر الفعل يستدعي الفاعل لا محالة والظاهر انه هو الذي في يده الا انه
لا يعينه درءا للحد شفقة عليه واقامة لحسبة الستر فصار كما اذا قال سرقت بخلاف
الغصب لانه لا حد فيه فلا يحترز عن كشفه وان قال المدعي ابتعته من فلان وقال صاحب اليد
اودعنيه فلان ذلك سقطت الخصومة بغير بينة لانهما توافقا على ان اصل الملك فيه
لغيره فيكون وصولها الى يد ذي اليد من جهته فلم يكن يده يد خصومة الا ان يقيم البينة
ان فلانا وكله بقبضه لانه اثبت ببينته كونه احق بامساكها **باب ما يدعيه الرجلان**
واذا ادعى اثنان عينا في يد آخر كل واحد منهما يزعم انها له واقاما البينة قضي بها بينهما
وقال الشافعي في قول تهاترتا وفي قول يقرع بينهما لان احدى البينتين كاذبة بيقين
لاستحالة اجتماع الملكين في الكل في حالة واحدة وقد تعذر التمييز فتتهاتر او
يصار الى القرعة لان النبي عليه السلام اقرع فيه وقال اللهم انت تحكم بينهما و
لنا حديث تميم بن طرفة ان رجلين اختصما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم في ناقة واقام
كل واحد منهما البينة فقضى بها بينهما نصفين وحديث القرعة كان في الابتداء
ثم نسخ ولان المطلق للشهادة في حق كل واحد منهما يحتمل الوجود بان يعتمد احدهما
سبب الملك والآخر اليد فصحت الشهادتان فيجب العمل بهما ما امكن وقد امكن بالتنصيف
اذ المحل يقبله وانما ينصف لاستوائهما في سبب الاستحقاق قال وان ادعى
كل واحد منهما نكاح امراة واقاما بينة لم يقض بواحدة من البينتين لتعذر العمل بهما
لان المحل لا يقبل الاشتراك ويرجع الى تصديق المراة لاحدهما لان النكاح مما
يحكم بتصادق الزوجين وهذا اذا لم توقت البينتان فاما اذا وقتتا فصاحب الوقت
الاول اولى وان اقرت لاحدهما قبل اقامة البينة فهي امراته لتصادقهما وان اقام الآخر
البينة قضي بها لان البينة اقوى من الاقرار ولو تفرد احدهما بالدعوى والمراة تجحد
فاقام البينة وقضى له القاضي بها ثم ادعى آخر واقام البينة على مثل ذلك لا يحكم بها
لان القضاء الاول قد صح فلا ينقض بما هو مثله بل دونه الا ان يوقت شهود الثاني
سابقا لانه ظهر الخطا في الاول بيقين وكذا اذا كانت المراة في يد الزوج ونكاحه ظاهر
لا تقبل بينة الخارج الا على وجه السبق قال واذا ادعى اثنان كل واحد منهما انه اشترى
منه هذا العبد معناه من صاحب اليد واقام بينة فكل واحد منهما بالخيار ان شاء اخذ
نصف العبد بنصف الثمن وان شاء ترك لانه تغير عليه شرط عقده فلعل رغبته في تملك الكل

فهو ويأخذ كل الثمن فإن قضى القاضي به بينهما فقال أحدهما لا أختار لم يكن للآخر أن يأخذ
جميعه لأنه صار مقضيا عليه في النصف فانفسخ البيع فيه لظهور استحقاقه بالبينة
لولا بينة صاحبه بخلاف ما لو قال ذلك قبل تخيير القاضي حيث يكون له أن يأخذ الجميع
لأنه يدعي الكل ولم يفسخ سببه ولو ذكر كل واحد منهما تاريخا فهو للأول منهما لأنه أثبت الشراء
في زمان لا ينازعه فيه أحد فاندفع الآخر به ولو وقت أحدهما ولم يوقت الآخر فهو لصاحب
الوقت لثبوت ملكه في ذلك الوقت واحتمل الآخر أن يكون قبله أو بعده فلا يقضى له
بالشك وإن لم يذكرا تاريخا ومع أحدهما قبض فهو أولى ومعناه أنه في يده لأن تمكنه من
قبضه يدل على سبق شرائه ولأنهما استويا في الإثبات فلا تنقض اليد الثابتة بالشك
وكذا لو ذكر الآخر وقتا لما بينا إلا أن يشهدوا أن شراءه كان قبل شراء صاحب اليد لأن
الصريح يفوق الدلالة قال وإن ادعى أحدهما شراء والآخر هبة وقبضا معناه من واحد
وأقاما بينة ولا تاريخ معهما فالشراء أولى لأن الشراء أقوى لكونه معاوضة من الجانبين
ولأنه يثبت الملك بنفسه والملك في الهبة يتوقف على القبض وكذا الشراء والصدقة مع
القبض لما بينا والهبة والقبض والصدقة سواء حتى يقضى بينهما لاستوائهما في وجه التبرع
ولا ترجيح باللزوم لأنه يرجع إلى المآل والترجيح بمعنى قائم في الحال وهذا فيما لا يحتمل
القسمة صحيح وكذا فيما يحتمله عند البعض لأن الشيوع طارئ وعند البعض لا يصح لأنه تنفيذ
الهبة في الشائع قال وإن ادعى أحدهما الشراء وادعت المرأة أنه تزوجها عليه فهما
سواء لاستوائهما في القوة فإن كل واحد منهما معاوضة يثبت الملك بنفسه وهذا
عند أبي يوسف رحمه الله وقال محمد الشراء أولى ولها على الزوج القيمة لأنه أمكن العمل
بالبينتين بتقديم الشراء إذ التزوج على عين مملوك للغير صحيح ويجب قيمته عند تعذر
تسليمه وإن ادعى أحدهما رهنا وقبضا والآخر هبة وقبضا وأقاما بينة فالرهن أولى
وهذا استحسان وفي القياس الهبة أولى لأنها تثبت الملك والرهن لا يثبته وجه الاستحسان
أن المقبوض بحكم الرهن مضمون وبحكم الهبة غير مضمون وعقد الضمان أقوى بخلاف
الهبة بشرط العوض لأنه بيع انتهاء والبيع أولى من الرهن لأنه عقد ضمان يثبت الملك
صورة ومعنى والرهن لا يثبته عند الهلاك معنى لا صورة فكذا الهبة بشرط العوض قال وإن
أقام الخارجان البينة على الملك والتاريخ فصاحب التاريخ الأقدم أولى لأنه أثبت أنه
أول المالكين فلا يتلقى الملك إلا من جهته ولم يتلق الآخر منه قال وإن ادعيا الشراء
من واحد معناه من غير صاحب اليد وأقاما البينة على تاريخين فالأول أولى لما بينا
أنه أثبته في وقت لا منازع له فيه وإن أقام كل واحد منهما البينة على الشراء من آخر وذكرا
تاريخا فهما سواء لأنهما يثبتان الملك لبائعيهما فيصير كأنهما حضرا ثم يخير كل واحد منهما كما

ذكرنا من قبل ولو وقتت إحدى البينتين وقتا ولم توقت الأخرى قضي بينهما نصفين
لأن توقيت إحديهما لا يدل على تقدم الملك لجواز أن يكون الآخر أقدم بخلاف ما
إذا كان البائع واحدا لأنهما اتفقا على أن الملك لا يتلقى إلا من جهته فإذا أثبت أحدهما
تاريخا يحكم به حتى يتبين أنه تقدمه شراء غيره ولو ادعى أحدهما الشراء من رجل والآخر الهبة
والقبض من غيره والثالث الميراث من أبيه والرابع الصدقة والقبض من آخر قضي بينهم
أرباعا لأنهم يتلقون الملك من باعتهم فيجعل كأنهم حضروا وأقاموا البينة على الملك المطلق
قال وإن أقام الخارج البينة على ملك مؤرخ وصاحب اليد بينة على ملك أقدم تاريخا
كان أولى وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وهو رواية عن محمد وعنه أنه لا تقبل بينة
ذي اليد رجع إليه لأن البينتين قامتا على الملك المطلق ولم يتعرضا لجهة الملك فكان
ذكر التقدم والتأخر سواء ولهما أن البينة مع التاريخ متضمنة معنى الدفع
فإن الملك إذا ثبت لشخص في وقت فثبوته لغيره بعده لا يكون إلا بالتلقي من جهته
وبينة ذي اليد على الدفع مقبولة وعلى هذا الخلاف لو كانت الدار في أيديهما والمعنى
ما بينا ولو أقام الخارج وذو اليد البينة على ملك مطلق ووقتت إحديهما دون
الأخرى فعلى قول أبي حنيفة ومحمد الخارج أولى وقال أبو يوسف وهو رواية عن أبي
حنيفة صاحب الوقت أولى لأنه أقدم وصار كما في دعوى الشراء إذا أرخت إحديهما
كان صاحب التاريخ أولى ولهما أن بينة ذي اليد إنما تقبل لتضمنها معنى الدفع
ولا دفع ههنا حيث وقع الشك في التلقي من جهته وعلى هذا إذا كانت الدار في أيديهما
ولو كانت في يد ثالث والمسئلة بحالها فهما سواء عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف
الذي وقت أولى وقال محمد الذي أطلق أولى لأنه ادعى أولية الملك بدليل استحقاق
الزوائد ورجوع الباعة بعضهم على بعض ولأبي يوسف أن التاريخ يوجب
الملك في ذلك الوقت بيقين والإطلاق يحتمل غير الأولية والترجيح باليقين
كما لو ادعيا الشراء ولأبي حنيفة أن التاريخ يضاده احتمال عدم التقدم فيسقط
اعتباره فصار كما لو أقاما البينة على ملك مطلق بخلاف الشراء لأنه أمر حادث فيضاف
إلى أقرب الأوقات فيترجح جانب صاحب التاريخ وإن أقام الخارج وصاحب اليد
كل واحد منهما بينة بالنتاج فصاحب اليد أولى لأن البينة قامت على ما لا تدل عليه
اليد فاستويا وترجحت بينة ذي اليد باليد فيقضى له وهذا هو الصحيح خلافا لما
يقوله عيسى بن أبان أنه تتهاتر البينتان ويترك في يده لا على طريق القضاء ولو تلقى
كل واحد منهما الملك من رجل وأقاما البينة على النتاج عنده فهو بمنزلة إقامتها
على النتاج في يد نفسه ولو أقام أحدهما البينة على الملك والآخر على النتاج فصاحب

النتاج اولى بها كان لان بينته على اولية الملك فلا يثبت الا بالتلقي من جهته وكذلك
اذا كان الدعوى بين خارجين فبينة النتاج اولى لما ذكرنا ولو قضى بالنتاج لصاحب اليد
ثم اقام ثالث البينة على النتاج يقضى له الا ان يعيدها ذو اليد لان الثالث لم يصير
مقضيا عليه بتلك البينة وكذا المقضي عليه بالملك المطلق اذا اقام البينة على النتاج
يقبل بينته وينتقض القضاء لانه بمنزلة النص قال وكذا النسج في الثياب التي لا
ينسج الا مرة كغزل القطن وكذلك كل سبب في الملك لا يتكرر لانه في معنى النتاج كحلب
اللبن واتخاذ الجبن واللبد والمرعزى وجز الصوف وان كان يتكرر لا يبقى حكم النتاج
قضى به للخارج بمنزلة الملك المطلق مثل الخز والبناء والغرس وزراعة الحنطة
والحبوب فان اشكل يرجع الى اهل الخبرة لانهم اعرف به فان اشكل عليهم قضى به للخارج
لان القضاء ببينته هو الاصل والعدول عنه بحديث النتاج فاذا لم يعلم يرجع الى
الاصل قال وان اقام الخارج البينة على الملك وصاحب اليد البينة على الشراء منه
كان صاحب اليد اولى لان الاول ان كان يدعي اولية الملك فهذا تلقى منه وفي هذا
لا تنافي فصار كما اذا اقر بالملك له ثم ادعى الشراء منه قال وان اقام كل واحد منهما
البينة على الشراء من الاخر ولا تاريخ معهما تهاترت البينتان وتترك الدار في يد ذي اليد
قال رضي الله عنه وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يقضى بالبينتين
فيكون للخارج لان العمل بهما ممكن فيجعل كانه اشترى ذو اليد من الاخر وقبض
ثم باع لان القبض دلالة السبق على ما مر ولا يعكس الامر لان البيع قبل القبض
لا يجوز وان كان في العقار عنده ولهما ان الاقدام على الشراء اقرار منه بالملك
للبائع فصار كانهما قامتا على الاقرارين وفيه التهاتر بالاجماع كذا هنا ولان السبب
يراد لحكمه وهو الملك ولا يمكن القضاء لذي اليد الا بملك مستحق فبقي القضاء له بمجرد
السبب وانه لا يفيده ثم لو شهدت البينتان على نقد الثمن فالالف بالالف
قصاص عندهما اذا استويا لوجود قبض مضمون من كل جانب فان لم يشهدوا على نقد
الثمن فالا بالقصاص قصاص عندهما مذهب محمد بجواز كل واحد من البينتين بعلة
الاول وان وقتت البينتان في العقار ولم يثبتا قبضا ووقت الخارج اسبق يقضى
لصاحب اليد عندهما فيجعل كان الخارج اشترى اولا ثم باع قبل القبض عنده بنى
على ملكه وان اثبتا قبضا يقضى لصاحب اليد لان البيعين جائزان على القولين وان كان
وقت صاحب اليد اسبق يقضى للخارج في الوجهين فيجعل اشتراه ذو اليد وقبض ثم
باع ولم يسلم او سلم ثم وصل اليه بسبب آخر قال وان اقام احد المدعيين شاهدين
والاخر اربعة فهما سواء لان شهادة كل شاهدين علة تامة كما في حالة الانفراد والترجيح

لا يقع بكثرة العلل بل بقوة فيها على ما عرف قال وان كانت دار في يد رجل ادعاها اثنان
احدهما جميعها والاخر نصفها واقاما البينة فلصاحب الجميع ثلاثة ارباعها ولصاحب
النصف ربعها عند ابي حنيفة اعتبارا بطريق المنازعة فان صاحب النصف لا يزاحم الاخر
في النصف فسلم له بلا منازع واستوت منازعتهما في النصف الاخر فينتصف بينهما وقالا هي
بينهما اثلاثا فاعتبرا طريق العول والمضاربة فصاحب الجميع يضرب بكل حقه سهمين
وصاحب النصف بسهم واحد فيقسم اثلاثا ولهذه المسئلة نظائر واضداد لا يحتملها
هذا المختصر وقد ذكرناها في الزيادات قال ولو كانت في ايديهما سلم لصاحب
الجميع نصفها على وجه القضاء ونصفها لا على وجه القضاء لانه خارج في النصف فقضى
ببينته والنصف الذي في يده صاحبه لا يدعيه لان مدعاه النصف وهو في يده سالم له ولو
لم ينصرف الى دعواه وكان ظالما بامساكه ولا قضاء بدون الدعوى فيترك في يده واذا
تنازعا في دابة واقام كل واحد منهما بينة انها نتجت عنده وذكرا تاريخا وسن الدابة يوافق
احد التاريخين فهو اولى لان الحال يشهد له فيترجح وان اشكل ذلك كانت بينهما لانه
سقط التوقيت فصار كانهم لم يذكرا تاريخا وان خالف سن الدابة الوقتين بطلت
البينتان كذا ذكره الحاكم لانه ظهر كذب الفريقين فيترك في يد من كانت في يده قال
ولو كان العبد في يد رجل اقام رجلان عليه البينة احدهما بغصب والاخر بوديعة فهو
بينهما لاستوائهما **فصل** في التنازع بالايدي قال واذا تنازعا في دابة احدهما
راكبها والاخر متعلق بلجامها فالراكب اولى لان تصرفه اظهر فانه يختص بالملك وكذا اذا
كان احدهما راكبا في السرج والاخر رديفه فالراكب اولى بخلاف ما اذا كانا راكبين
حيث يكون بينهما لاستوائهما في التصرف وكذا اذا تنازعا في بعير وعليه حمل لاحدهما
فصاحب الحمل اولى لانه هو المتصرف قال واذا تنازعا في قميص احدهما لابسه والاخر
متعلق بكمه فاللابس اولى لانه اظهرهما تصرفا قال وان كان ثوب في يد رجل وطرف
منه في يد اخر فهو بينهما نصفان لان الزيادة من جنس الحجة فلا توجب زيادة في
الاستحقاق ولو تنازعا في بساط احدهما جالس عليه والاخر متعلق به فهو بينهما
معناه لا على طريق القضاء لان القعود ليس بيد عليه فاستويا قال وان كان
الصبي في يد رجل وهو يعبر عن نفسه انه حر فالقول قوله لانه في يد نفسه ولو قال
انا عبد لفلان فهو عبد للذي في يده لانه اقر بانه لا يد له حيث اقر بالرق وان كان لا
يعبر عن نفسه فهو عبد للذي في يده لانه لا يد له على نفسه لما كان لا يعبر عنها وهو بمنزلة
متاع بخلاف ما اذا كان يعبر فلو كبر وادعى الحرية لا يكون القول قوله لانه ظهر الرق عليه
في حال صغره قال واذا كان الحائط لرجل عليه جذوع او متصل ببنائه وللاخر عليه

هرادي فهو لصاحب الجذوع والاتصال والهرادي ليس بشيء لان صاحب الجذوع صاحب
استعمال وللآخر صاحب تعلق فصار كدابة تنازعا فيها رجلان لاحدهما حمل وللآخر كوز
معلق والمراد بالاتصال مداخلة لبن جداره فيه ولبن هذا في جداره وقد يسمى اتصال
تربيع وهذا شاهد ظاهر لصاحبه لان بعض بنائه على بعض هذا الحائط في جداره وقوله
وقوله الهرادي ليس بشيء يدل على انه لا اعتبار للهرادي اصلا وكذا البواري لان الحائط
لا يبنى لها اصلا حتى لو تنازعا في حائط ولاحدهما عليه هرادي وليس للآخر شيء فهو بينهما
ولو كان لكل واحد منهما عليه جذوع ثلاثة فهو بينهما لاستوائهما ولا معتبر بالاكثر منها بعد
الثلاثة وان كان جذوع احدهما اقل من ثلاثة فهو لصاحب الثلاثة وللآخر موضع جذعه
وفي رواية لكل واحد منهما ما تحت خشبته ثم قيل ما بين الخشب بينهما وقيل على قدر خشبهما و
القياس ان يكون بينهما نصفان لانه لا معتبر بالكثرة في نفس الحجة ووجه الثاني ان الاستعمال
من كل واحد بقدر خشبته وجه الاول ان الحائط يبنى لوضع كثير الجذوع دون الواحد
والمثنى فكان الظاهر شاهدا لصاحب الكثير الا انه يبقى له حق الوضع لان الظاهر ليس بحجة
في الاستحقاق ولو كان لاحدهما اتصال وللآخر جذوع فالاول اولى ويروى ان الثاني
اولى لان لصاحب الجذوع التصرف ولصاحب الاتصال اليد والتصرف اقوى ووجه
الاول ان الحائطين بالاتصال يصيران كبناء واحد ومن ضرورة القضاء ببعضه القضاء بكله
ثم يبقى للآخر حق وضع جذوعه لما قلنا وهذه رواية الطحاوي وصححها الجرجاني قال
واذا كانت دار منها في يد رجل عشرة ابيات وفي يد الآخر بيت فالساحة بينهما نصفان لاستوائهما في
استعمالها وهو المرور فيها قال واذا ادعى رجلان ارضا يعني يدعي كل واحد منهما
انها في يده لم يقض انها في يد واحد منهما حتى يقيما البينة انها في ايديهما لان اليد فيها
غير مشاهدة لتعذر احضارها وما غاب عن علم القاضي فالبينة تثبته وان اقام احدهما
البينة جعلت في يده لقيام الحجة وهذا لان اليد حق مقصود فلا يستحق لاحدهما بغير
حجة وان اقاما البينة جعلت في ايديهما لما بينا وان كان احدهما قد لبن في الارض
او بنى او حفر فهي في يده لوجود التصرف والاستعمال فيها والله اعلم

باب دعوى النسب

واذا باع جارية فجاءت بولد فادعاه البائع فان جاءت به لاقل من ستة اشهر
من يوم باع فهو ابن البائع وامه ام ولد له وفي القياس وهو قول زفر والشافعي دعوته
باطلة لان البيع اعتراف منه بانه عبد فكان في دعواه مناقضا ولا نسب بدون الدعوى
وجه الاستحسان ان اتصال العلوق بملكه شهادة ظاهرة على كونه منه لان الظاهر عدم
الزنا ومبنى النسب على الخفاء فيعفى فيه التناقض واذا صحت الدعوى استندت
الى وقت العلوق فتبين انه باع ام الولد فيفسخ البيع لان بيع ام الولد لا يجوز

ويرد الثمن لانه قبضه بغير حق واذا ادعاه المشتري مع دعوة البائع فدعوة البائع اولى لانها
اسبق لاستنادها الى وقت العلوق وهذه دعوة استيلاد وان جاءت به لاكثر من سنتين
من وقت البيع لم تصح دعوة البائع لانه لم يوجد اتصال العلوق بملكه تيقنا وهو الشاهد
والحجة الا اذا صدقه المشتري فيثبت النسب ويحمل على الاستيلاد بالنكاح ولا يبطل البيع
لانا تيقنا ان العلوق لم يكن في ملكه فلا يثبت حقيقة العتق ولا حقه وهذه دعوة تحرير
وغير المالك ليس من اهله وان جاءت به لاكثر من ستة اشهر من وقت البيع ولاقل من سنتين
لم تقبل دعوة البائع فيه الا ان يصدقه المشتري لانه احتمل ان لا يكون العلوق في ملكه فلم
يوجد الحجة فلا بد من تصديقه واذا صدقه يثبت النسب ويبطل البيع والولد حر والام ام
ولد له كما في المسئلة الاولى لتصادقهما واحتمال العلوق في الملك فان مات الولد فادعاه
البائع وقد جاءت به لاقل من ستة اشهر لم يثبت الاستيلاد في الام لانها تابعة
للولد ولم يثبت نسبه بعد الموت لعدم حاجته الى ذلك فلا يتبعه الاستيلاد في الام
واذا ماتت الام فادعاه البائع وقد جاءت به لاقل من ستة اشهر يثبت النسب في الولد و
اخذه البائع لان الولد هو الاصل في النسب فلا يضره فوات التبع وانما كان الولد اصلا
لانها تضاف اليه يقال ام الولد وتستفيد الحرية من جهته لقوله عليه السلام اعتقها
ولدها والثابت لها حق الحرية وله حقيقتها والادنى يتبع الاعلى ويرد الثمن كله في
قول ابي حنيفة وقالا يرد حصة الولد ولا يرد حصة الام لانه تبين انه باع ام ولده وما
ليتها غير متقومة عنده في العقد والغصب فلا يضمنها المشتري وعندهما متقومة فيضمنها
قال وفي الجامع الصغير اذا حبلت الجارية في ملك رجل فباعها فولدت في يد المشتري
فادعى البائع الولد وقد اعتق المشتري الام فهو ابنه يرد عليه بحصته من الثمن ولو كان المشتري
انما اعتق الولد فدعواه باطلة ووجه الفرق ان الاصل في هذا الباب الولد والام
تابعة على ما مر وفي الفصل الاول قام المانع من الدعوة والاستيلاد وهو العتق في
التبع وهو الام فلا يمتنع ثبوته في الاصل وهو الولد وليس من ضروراته كما في ولد
المغرور فانه حر وامه امة لمولاها وكما في المستولدة بالنكاح وفي الفصل الثاني قام
المانع في الاصل وهو الولد فيمتنع ثبوته فيه وفي التبع وانما كان الاعتاق مانعا لانه
لا يحتمل النقض كحق استلحاق النسب وحق الاستيلاد فاستويا من هذا الوجه ثم الثابت
من المشتري حقيقة الاعتاق والثابت في الام حق الحرية وفي الولد للبائع حق الدعوة
والحق لا يعارض الحقيقة والتدبير بمنزلة الاعتاق لانه لا يحتمل النقض وقد ثبت به
بعض آثار الحرية وقوله في الفصل الاول يرد عليه بحصته من الثمن قولهما وعنده يرد كل
الثمن هو الصحيح كما ذكرنا في فصل الموت قال ومن باع عبدا ولد عنده وباعه المشتري

من آخر ثم ادعاه البايع الاول فهو ابنه ويبطل البيع لان البيع يحتمل النقض وماله من حق
الدعوة لا يحتمل فينقض البيع لاجله وكذا اذا كاتب الولد او رهنه او آجره او كاتب
الام او رهنها او زوجها ثم كانت الدعوة لان هذه العوارض يحتمل النقض فينقض لاجل
ونفع الدعوة بخلاف الاعتاق والتدبير على ما مر وبخلاف ما اذا ادعاه المشتري
اولا ثم ادعاه البايع حيث لا يثبت النسب من البايع لان النسب الثابت من المشتري
لا يحتمل النقض فصار كاعتاقه قال ومن ادعى نسب احد التوأمين ثبت نسبهما
منه لانهما من ماء واحد فمن ضرورة نسب احدهما ثبوت نسب الآخر وهذا لان التوأمين ولدان
بين ولادتهما اقل من ستة اشهر فلا يتصور علوق الثاني حادثا لانه لا حبل لاقل من
ستة اشهر وفي الجامع الصغير اذا كان في يده غلامان توأمان ولدا عنده فباع احدهما واعتقه
المشتري ثم ادعى البايع الذي في يده فهما ابناه وبطل عتق المشتري لانه لما ثبت نسب
الذي عنده لمصادفة العلوق والدعوة ملكه اذ المسئلة مفروضة فيه ثبت به حرية الاصل
فيثبت نسب الآخر وحرية الاصل فيه ضرورة لانهما توأمان فتبين ان عتق المشتري وشراءه
لا في حر الاصل فبطل بخلاف ما اذا كان الولد واحدا لان هناك يبطل العتق فيه مقصودا
لحق دعوة البايع وهاهنا ثبت تبعا لحريته فيه حرية الاصل فافترقا ولو لم يكن اصل العلوق
في ملكه يثبت نسب الولد الذي عنده ولا ينتقض البيع فيما باع لان هذه دعوة تحرير
لانعدام شاهد الاتصال فيقتصر على محل ولايته قال واذا كان الصبي في يد رجل
قال هو ابن عبدي فلان الغايب ثم قال هو ابني لم يكن ابنه ابدا وان جحد العبد ان يكون
ابنه وهذا عند ابي حنيفة وقالا اذا جحد العبد فهو ابن المولى وعلى هذا الخلاف اذا قال
هو ابن فلان ولد على فراشه ثم ادعاه لنفسه لهما ان الاقرار ارتد برد العبد
فصار كان لم يكن الاقرار والاقرار بالنسب يرتد بالرد وان كان لا يحتمل النقض الا ترى
انه تعمل فيه الاكراه والهزل فصار كما اذا اقر المشتري على البايع باعتاق المشتري وكذبه
البايع ثم قال انا اعتقته يتحول الولاء اليه بخلاف ما اذا صدقه لانه يدعي بعد ذلك نسبا
ثابتا من الغير وبخلاف ما اذا لم يصدقه ولم يكذبه لانه تعلق به حق المقر له على اعتبار تصديقه
فيصير كولد الملاعنة لا يثبت نسبه من غير الملاعن لان له ان يكذب نفسه ولابي حنيفة
ان النسب مما لا يحتمل النقض بعد ثبوته والاقرار بمثله لا يرتد بالرد فبقي فيمتنع دعوته
كمن شهد على رجل بنسب صغير فردت شهادته لتهمة ثم ادعاه لنفسه وهذا لانه تعلق
به حق المقر له حتى لو صدقه بعد التكذيب يثبت النسب منه وكذا تعلق به حق الولد
فلا يرتد برد المقر له ومسئلة الولاء على هذا الخلاف ولو سلم فالولاء قد يبطل باعتراض
الاقوى كجر الولاء من جانب الام الى قوم الاب وقد اعترض على الولاء الموقوف ما هو اقوى

وهو دعوى المشتري فيبطل به بخلاف النسب على ما مر وهذا يصلح مخرجا على اصله فيمن
يبيع الولد ويخاف عليه الدعوة بعد ذلك فيقطع دعواه اقراره بالنسب لغيره قال
واذا كان الصبي في يد مسلم ونصراني فقال النصراني هو ابني وقال المسلم هو عبدي فهو
ابن النصراني وهو حر لان الاسلام مرجح فيستدعي تعارضا ولا تعارض لان نظر الصبي
في هذا اوفر لانه ينال شرف الحرية حالا وشرف الاسلام مآلا اذ دلائل الوحدانية ظاهرة
وفي عكسه الحكم بالاسلام تبعا وحرمانه عن الحرية لانه ليس في وسعه اكتسابها ولو كانت
دعوتهما دعوة البنوة فالمسلم اولى ترجيحا للاسلام وهو اوفر النظرين قال واذا
ادعت المراة صبيا انه ابنها لم تجز دعواها حتى تشهد امراة على الولادة ومعنى المسئلة
ان تكون المراة ذات زوج لانها تدعي تحميل النسب على الغير فلا تصدق الا بحجة بخلاف الرجل
لانه يحمل على نفسه النسب ثم شهادة القابلة كافية فيها لان الحاجة الى تعيين الولد اما
النسب فيثبت بالفراش القائم وقد صح ان النبي عليه السلام قبل شهادة القابلة على الولادة
ولو كانت معتدة فلا بد من حجة تامة عند ابي حنيفة وقد مر في الطلاق وان لم تكن منكوحة
ولا معتدة قالوا يثبت النسب منها بقولها لان فيه الزاما على نفسها دون غيرها وان كان لها
زوج وزعمت انه ابنها منه وصدقها الزوج فهو ابنهما وان لم تشهد امراة لانه التزم نسبه
فاغنى ذلك عن الحجة وان كان الصبي في ايديهما فزعم الزوج انه ابنه من غيرها وزعمت
انه ابنها من غيره فهو ابنهما لان الظاهر ان الولد منهما لقيام ايديهما او لقيام الفراش بينهما
ثم كل واحد منهما يريد ابطال حق صاحبه فلا يصدق عليه وهو نظير ثوب في يد رجلين
يدعي كل واحد منهما انه بينه وبين رجل آخر غير صاحبه يكون الثوب بينهما الا ان هناك
يدخل المقر له في نصيب المقر لان المحل يحتمل الشركة وهاهنا لا يدخل لان النسب لا يحتملها
قال ومن اشترى جارية فولدت عنده ولدا فاستحقها رجل غرم الاب قيمة الولد
يوم يخاصم لانه ولد المغرور فان المغرور من يطأ امراة معتمدا على ملك يمين او نكاح فتلد
منه ثم تستحق الام وولد المغرور حر باجماع الصحابة ولان النظر من الجانبين واجب
فيجعل الولد حر الاصل في حق ابيه رقيقا في حق مدعيه نظرا لهما ثم الولد حاصل في
يده من غير صنعه فلا يضمنه الا بالمنع كما في ولد المغصوبة فلهذا يعتبر قيمة الولد يوم الخصومة
لانه يوم المنع ولو مات الولد لا شيء على الاب لانعدام المنع وكذا لو ترك مالا لان
الارث ليس ببدل عنه والمال لابيه لانه حر الاصل في حقه فيرثه ولو قتله الاب يغرم
قيمته لوجود المنع وكذا لو قتله غيره فاخذ ديته لان سلامة البدل له كسلامة المبدل ومنع
بدله كمنعه فيغرم قيمته كما اذا كان حيا ويرجع بقيمة الولد على بايعه لانه ضمن له سلامته

كما يرجع بثمنه بخلاف العقر لانه لزمه باستيفا منافعها فلا يرجع على البايع **كتاب الاقرار**
قال واذا اقر الحر البالغ العاقل بحق لزمه اقراره مجهولا كان ما اقر به او معلوما قال
رضي الله عنه اعلم بان الاقرار اخبار عن ثبوت الحق وانه ملزم لوقوعه دلالة الا ترى
كيف الزم رسول الله عليه السلام ماعزا رضي الله عنه الرجم باقراره وتلك المراة باعترافها
وهو حجة قاصرة لقصور ولاية المقر عن غيره فيقتصر عليه وشرط الحرية ليصح اقراره مطلقا
فان العبد الماذون له وان كان ملحقا بالحر في حق الاقرار لكن المحجور عليه لا يصح اقراره
بالمال ويصح بالحدود والقصاص لان اقراره عهد موجبا لتعلق الدين برقبته وهي
مال المولى فلا يصدق عليه بخلاف الماذون لانه مسلط عليه من جهته وبخلاف الحد
والدم لانه مبقى على اصل الحرية في ذلك حتى لا يصح اقرار المولى على العبد فيه ولا بد من البلوغ
والعقل لان اقرار الصبي والمجنون غير لازم لانعدام اهلية الالتزام الا اذا كان
الصبي ماذونا لانه ملحق بالبالغ بحكم الاذن وجهالة المقر به لا تمنع صحة الاقرار لان
الحق قد يلزم مجهولا بان اتلف مالا لا يدري قيمته او يجرح جراحة لا يعلم ارشها او يبقى
عليه باقية حساب لا يحيط به علمه والاقرار اخبار عن ثبوت الحق فيصح به بخلاف الجهالة
في المقر له لان المجهول لا يصلح مستحقا ويقال له بين المجهول لان التجهيل من جهته فصار
كما اذا اعتق احد عبديه فان لم يبين اجبره القاضي على البيان لانه لزمه الخروج عما لزمه
بصحيح اقراره وذلك بالبيان فان قال لفلان علي شي لزمه ان يبين ما له قيمة لانه
اخبر عن الوجوب في ذمته وما لا قيمة له لا يجب فيها فاذا بين غير ذلك يكون رجوعا قال
والقول قوله مع يمينه اذا ادعى المقر له اكثر من ذلك لانه هو المنكر فيه وكذا اذا قال لفلان
علي حق لما بينا وكذا لو قال غصبت منه شيا ويجب ان يبين ما هو مال يجري فيه التمانع
تعويلا على العادة ولو قال لفلان علي مال فالمرجع اليه في بيانه لانه هو المجمل ويقبل قوله
في القليل والكثير لان كل ذلك مال فانه اسم لما يتمول به الا انه لا يصدق في اقل من درهم
لانه لا يعد مالا عرفا ولو قال مال عظيم لم يصدق في اقل من مايتي درهم لانه اقر بمال
موصوف فلا يجوز الغا الوصف والنصاب عظيم حتى اعتبر صاحبه غنيا به والغني عظيم
عند الناس وعن ابي حنيفة انه لا يصدق في اقل من عشرة دراهم وهي نصاب السرقة
لانه عظيم حيث يقطع به اليد المحترمة وعنه مثل جواب الكتاب وهذا اذا قال من
الدراهم اما اذا قال من الدنانير فالتقدير فيها بالعشرين وفي الابل بخمس وعشرين
لانه ادنى نصاب يجب فيه من جنسه وفي غير مال الزكوة بقيمة النصاب ولو قال اموال
عظام فالتقدير بثلثة نصب من جنس ما سماه اعتبارا لادنى الجمع وان قال دراهم
كثيرة لم يصدق في اقل من عشرة وهذا عند ابي حنيفة وعندهما لم يصدق في اقل من مايتين

لان صاحب النصاب مكثر حتى يجب عليه مواساة غيره بخلاف ما دونه وله ان العشرة
اقصى ما ينتهي اليه اسم الجمع يقال عشرة دراهم ثم يقال احد عشر درهما فيكون
هو الاكثر من حيث اللفظ فينصرف اليه ولو قال دراهم فهي ثلثة لانه اقل الجمع الصحيح
الا ان يبين اكثر منها لان اللفظ يحتمله فينصرف اليه ولو قال دراهم فينصرف
الى الوزن المعتاد ولو قال كذا كذا درهما لم يصدق في اقل من احد عشر لانه ذكر
عددين مبهمين ليس بينهما حرف العطف واقل ذلك من المفسر احد عشر ولو قال كذا وكذا
درهما لم يصدق في اقل من احد وعشرين لانه ذكر مبهمين بينهما حرف العطف واقل ذلك
من المفسر احدى وعشرون فيحمل كل وجه على نظيره ولو قال كذا درهما فهو درهم لانه
تفسير للمبهم ولو ثلث كذا بغير واو فاحد عشر لانه لا نظير له سواه وان ثلث بالواو فماية
واحدى وعشرون وان ربع يزاد عليها الف لان ذلك نظيره قال وان قال له علي
او قبلي فقد اقر بالدين لان علي صيغة ايجاب وقبلي ينبي عن الضمان على ما مر في الكفالة
ولو قال المقر هو وديعة ووصل صدق لان اللفظ يحتمله مجازا حيث يكون المضمون
حفظه والمال محله فيصدق موصولا لا مفصولا قال الشيخ الامام رضي الله عنه وفي بعض
نسخ المختصر في قوله قبلي انه اقرار بالامانة لان اللفظ ينتظمها حتى صار قوله لا حق لي
قبل فلان ابراء عن الدين والامانة جميعا والامانة اقلهما والاول اصح ولو قال عندي
او معي او في بيتي او في كيسي او في صندوقي فهو اقرار بامانة في يده لان كل ذلك اقرار
بكون الشي في يده وذلك يتنوع الى مضمون وامانة فيثبت اقلهما واذا قال له
رجل لي عليك الف درهم فقال اتزنها او انتقدها او اجلني بها او قد قضيتكها
فهذا اقرار لان الهاء في الاول والثاني كناية عن المذكور في الدعوى فكانه قال اتزن
الالف التي لك علي حتى لو لم يذكر حرف الكناية لم يكن اقرارا لعدم انصرافه الى المذكور
والتاجيل انما يكون في حق واجب والقضاء يتلو الوجوب ودعوى الابراء كالقضاء
لما بينا وكذا دعوى الصدقة والهبة لان التمليك يقتضي سابقة الوجوب وكذا
لو قال احلتك بها على فلان لانه تحويل الدين قال ومن اقر بدين موجل فصدقه
المقر له في الدين وكذبه في التاجيل لزمه الدين حالا لانه اقر على نفسه بمال وادعى حقا
لنفسه فيه فصار كما اذا اقر بعبد في يده وادعى الاجارة بخلاف الاقرار بالدراهم
السود لانه صفة فيه وقد مرت المسلة في الكفالة قال ويستحلف المقر له
على الاجل لانه منكر حقا عليه واليمين على المنكر وان قال له ماية ودرهم لزمه كلها
دراهم ولو قال ماية وثوب لزمه ثوب واحد والمرجع في تفسير الماية اليه وهو القياس في
الاول وبه قال الشافعي لان الماية مبهمة والدرهم معطوف عليها بالواو العاطفة

لا تفسير له فبقيت المائة على ابهامها كما في الفصل الثاني وجه الاستحسان وهو الفرق انهم استثقلوا تكرار الدرهم في كل عدد واكتفوا بذكره عقيب العددين وهذا فيما يكثر استعماله وذلك عند كثرة الوجوب بكثرة اسبابه وذلك في الدراهم والدنانير والمكيل والموزون اما الثياب وما لا يكال ولا يوزن لا يكثر وجوبها فبقي على الحقيقة وكذا اذا قال مائة وثوبان لما بينا بخلاف ما اذا قال مائة وثلاثة اثواب لانه ذكر عددين مبهمين واعقبهما تفسيرا اذ الاثواب لم تذكر بحرف العطف فانصرف اليهما لاستوائهما في الحاجة الى التفسير فكان كلها ثيابا قال ومن اقر بتمر في قوصرة لزمه التمر والقوصرة وفسره في الاصل بقوله غصبت تمرا في قوصرة ووجهه ان القوصرة وعاء للتمر وظرف له وغصب الشيء وهو مظروف لا يتحقق بدون الظرف فيلزمانه وكذا الطعام في السفينة والحنطة في الجوالق بخلاف ما اذا قال غصبت تمرا من قوصرة لان كلمة من للانتزاع فيكون اقرارا بغصب المنزوع قال ومن اقر بدابة في اصطبل لزمته الدابة خاصة لان الاصطبل غير مضمون بالغصب عند ابي حنيفة وابي يوسف وعلى قياس قول محمد يضمنهما ومثله الطعام في البيت قال ومن اقر لغيره بخاتم لزمه الحلقة والفص لان اسم الخاتم يشمل الكل ومن اقر له بسيف فله النصل والجفن والحمائل لان الاسم ينطوي على الكل ومن اقر بحجلة فله العيدان والكسوة لانطلاق الاسم على الكل عرفا وان قال غصبت ثوبا في منديل لزماه جميعا لانه ظرف فان الثوب يلف فيه وكذا لو قال على ثوب في ثوب لانه ظرف بخلاف قوله درهم في درهم حيث يلزمه واحد لانه ضرب لا ظرف وان قال ثوب في عشرة اثواب لم يلزمه الا ثوب واحد عند ابي حنيفة وقال محمد يلزمه احد عشر ثوبا لان النفيس من الثياب قد يلف في عشرة اثواب فامكن حمله على الظرف ولابي يوسف ان حرف في يستعمل للبين والوسط ايضا قال الله تعالى فادخلي في عبادي وادخلي جنتي اي بين عبادي فوقع الشك والاصل براءة الذمم على ان كل ثوب موعى وليس بوعاء فتعذر حمله على الظرف فتعين الاول محملا ولو قال لفلان علي خمسة في خمسة يريد الضرب والحساب لزمه خمسة لان الضرب لا يكثر المال وقال زفر يلزمه خمسة وعشرون وقد ذكرناه في الطلاق ولو قال اردت خمسة مع خمسة لزمه عشرة لان اللفظ يحتمله ولو قال له علي من درهم الى عشرة او ما بين درهم الى عشرة لزمه تسعة عند ابي حنيفة فيلزمه الابتداء وما بعده وتسقط الغاية وقالا يلزمه العشرة كلها فتدخل الغايتان وقال زفر يلزمه ثمانية ولا تدخل الغايتان ولو قال له من داري ما بين هذا الحائط الى هذا الحائط فله ما بينهما وليس له من الحائطين شيء وقد مرت الدلائل في الطلاق

فصل ومن قال لحمل فلانة علي الف درهم فان قال اوصى له فلان او مات ابوه فورثه فالاقرار صحيح لانه اقر بسبب صالح لثبوت الملك ثم اذا جاءت به في مدة يعلم انه كان قائما وقت الاقرار لزمه وان جاءت ميتا فالمال للموصي والمورث حتى يقسم بين ورثته لانه اقرار في الحقيقة لهما وانما ينتقل الى الجنين بعد الولادة ولم ينتقل ولو جاءت بولدين حيين فالمال بينهما ولو قال المقر باعني او اقرضني لم يلزمه شيء لانه بين مستحيلا قال فان ابهم الاقرار لم يصح عند ابي يوسف وقال محمد يصح لان الاقرار من الحجج فيجب اعماله وقد امكن بالحمل على السبب الصالح ولابي يوسف ان الاقرار مطلقه ينصرف الى الاقرار بسبب التجارة ولهذا حمل اقرار العبد المأذون واحد المتفاوضين عليه فيصير كانه صرح به قال ومن اقر بحمل جارية او حمل شاة لرجل صح اقراره ولزمه لان له وجها صحيحا وهو الوصية من جهة غيره فحمل عليه قال ومن اقر بشرط الخيار بطل الشرط لان الخيار للفسخ والاخبار لا يحتمله ولزمه المال لوجود الصيغة الملزمة ولم تنعدم بهذا الشرط الباطل

باب الاستثناء وما في معناه ومن اقر واستثنى متصلا باقراره صح الاستثناء ولزمه الباقي لان الاستثناء مع الجملة عبارة عن الباقي ولكن لا بد من الاتصال وسواء استثنى الاقل او الاكثر فان استثنى الجميع لزمه الاقرار وبطل الاستثناء لانه تكلم بالحاصل بعد الثنيا ولا حاصل بعده فيكون رجوعا وقد مر الوجه في الطلاق ولو قال له علي مائة درهم الا دينارا او الا قفيز حنطة لزمه مائة درهم الا قيمة الدينار او القفيز وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف ولو قال له علي مائة درهم الا ثوبا لم يصح الاستثناء وقال محمد لا يصح فيهما وقال الشافعي يصح فيهما لمحمد ان الاستثناء ما لولاه لدخل تحت اللفظ وهذا لا يتحقق في خلاف الجنس وللشافعي انهما اتحدا جنسا من حيث المالية ولهما ان المجانسة ثابتة في الاول من حيث الثمنية وهذا في الدنانير ظاهر والمكيل والموزون اوصافهما اثمان اما الثوب فليس بثمن اصلا ولهذا لا يجب بمطلق عقد المعاوضة وما يكون ثمنا صلح مقدرا للدراهم فصار بقدره مستثنى من الدراهم وما لا يكون ثمنا لا يصلح مقدرا فبقي المستثنى من الدراهم مجهولا فلا يصح قال ومن اقر بحق وقال ان شاء الله متصلا باقراره لم يلزمه الاقرار لان الاستثناء بمشيئة الله اما ابطال او تعليق فان كان الاول فقد بطل وان كان الثاني فكذلك اما لان الاقرار لا يحتمل التعليق بالشرط او لانه شرط لا يوقف عليه كما ذكرنا في الطلاق بخلاف ما اذا قال لفلان علي مائة درهم اذا مت او اذا جاء راس الشهر او اذا افطر الناس لانه في معنى بيان المدة فيكون تاجيلا لا تعليقا حتى لو كذبه المقر له في الاجل يكون المال حالا قال ومن اقر بدار واستثنى بناءها لنفسه فللمقر له الدار

قوله تعالى قم الليل الا قليلا نصفه او انقص منه قليلا او زد عليه ... الاستثناء ... ولا يعتبر القصد ... لا يتحقق ... المنقطع لا يتحقق ... منه

والبنا لان البنا داخل في هذا الاقرار تبعا معنى لا لفظا والاستثنا تصرف في الملفوظ
والفص في الخاتم والنخلة في البستان نظير البنا في الدار لانه يدخل فيه تبعا لا لفظا بخلاف ما اذا قال
الا ثلثها او الا بيتا منها لانه داخل فيه لفظا ولو قال بناء هذه الدار لي والعرصة لفلان
فهو كما قال لان العرصة عبارة عن البقعة دون البنا فكانه قال بياض هذه الارض دون البنا
لفلان بخلاف ما اذا قال مكان العرصة ارضا حيث يكون البنا للمقر له لان الاقرار بالارض
اقرار بالبنا كالاقرار بالدار ولو قال له على الف درهم من ثمن عبد اشتريته منه ولم اقبضه
فان ذكر عبدا بعينه قيل للمقر له ان شئت فسلم العبد وخذ الالف والا فلا شيء لك قال
الشيخ الامام هذا على وجوه احدها هذا وهو ان يصدقه ويسلم العبد وجوابه ما ذكر لان الثابت
بتصادقهما كالثابت معاينة والثاني ان يقول المقر له العبد عبدي ما بعتكه وانما بعتك عبدا
غير هذا وفيه المال لازم على المقر لاقراره به عند سلامة العبد له وقد سلم ولا يبالي باختلاف السبب
بعد حصول المقصود والثالث ان يقول العبد عبدي ما بعتك وحكمه ان لا يلزم المقر شيء
لانه ما اقر بالمال الا عوضا عن العبد فلا يلزمه دونه ولو قال مع ذلك انما بعتك غيره يتحا
لفان لان المقر يدعي تسليم من عينه والاخر ينكر والمقر له يدعي الالف عليه ببيع غيره والاخر
ينكر فاذا تحالفا بطل المال هذا اذا ذكر عبدا بعينه وان قال من ثمن عبد ولم يعينه
لزمه الالف ولا يصدق في قوله ما قبضت عند ابي حنيفة وصل ام فصل لانه رجوع فانه
اقر بوجوب المال رجوعا الى كلمة على وانكاره القبض في غير المعين ينافي الوجوب اصلا
لجهالة المبيع مقارنة كانت او طارئة بان اشترى عبدا ثم نسيه عند الاختلاط بامثاله
توجب هلاك المبيع فيمتنع وجوب نقد الثمن واذا كان كذلك كان رجوعا فلا يصح
وان كان موصولا وقال ابو يوسف ومحمد ان وصل صدق ولم يلزمه شيء وان فصل لم
يصدق اذا انكر المقر له ان يكون ذلك من ثمن عبد وان اقر انه باعه متاعا فالقول قول المقر
ووجه ذلك انه اقر بوجوب المال عليه وبين سببا وهو البيع فان وافقه الطالب في
السبب وبه لا يتاكد الوجوب الا بالقبض والمقر ينكره فيكون القول له وان كذبه في
السبب كان هذا من المقر بيانا مغيرا لان صدر كلامه للوجوب مطلقا واخره يحتمل انتفاءه على
اعتبار عدم القبض والمغير يصح موصولا لا مفصولا ولو قال ابتعت منه عينا الا اني لم
اقبضه فالقول قوله بالاجماع لانه ليس من ضرورة البيع القبض بخلاف الاقرار بوجوب
الثمن قال وكذا لو قال من ثمن خمر او خنزير ومعنى المسئلة اذا قال لفلان علي الف من ثمن خمر
او خنزير يلزمه الالف ولم يقبل تفسيره عند ابي حنيفة وصل ام فصل لانه رجوع لان ثمن الخمر
والخنزير لا يكون واجبا واول كلامه للوجوب وقالا اذا وصل لا يلزمه شيء لانه بين باخر كلامه انه
ما اراد به الايجاب فصار كما قال في اخره ان شاء الله قلنا ذلك تعليق وهذا ابطال ولو قال

له علي

له علي الف من ثمن متاع او قال اقرضني الف درهم ثم قال هي زيوف او نبهرجة وقال المقر له
جياد لزمه الجياد في قول ابي حنيفة وقالا ان قال موصولا يصدق وان قال مفصولا لا يصدق
وعلى هذا الخلاف اذا قال ستوقة او رصاص وعلى هذا اذا قال الا انها زيوف وعلى هذا اذا
قال لفلان علي الف درهم زيوف من ثمن متاع لهما انه بيان مغير فيصح بشرط الوصل
كالشرط والاستثناء وهذا لان اسم الدراهم يحتمل الزيوف بحقيقته والستوقة بمجازه
الا ان مطلقه ينصرف الى الجياد فكان بيانا مغيرا من هذا الوجه وصار كما اذا قال الا
انها وزن خمسة ولابي حنيفة ان هذا رجوع عن بعض موجبه وصار كما اذا قال بعتكه معيبا
وقال المشتري بعتنيه سليما فالقول للمشتري لما بينا والستوقة ليست من الاثمان والبيع
يرد على الثمن فكان رجوعا وقوله الا انها وزن خمسة يصح استثناء لانه مقدار بخلاف
الجودة لان استثناء الجودة لا يجوز كاستثناء البناء في الدار بخلاف ما اذا قال لفلان
علي كر حنطة من ثمن عبد الا انها ردية لان الرداءة نوع لا عيب فمطلق العقد لا يقتضي
السلامة عنها وعن ابي حنيفة في غير رواية الاصول انه يصدق في الزيوف اذا وصل لان
يوجب مثل المقبوض وقد يكون زيفا كما في الغصب ووجه الظاهر ان التعامل بالجياد
فانصرف مطلقه اليها ولو قال لفلان علي الف درهم زيوف ولم يذكر البيع والقرض
قيل يصدق بالاجماع لان اسم الدراهم يتناولها وقيل لا يصدق لان مطلق الاقرار
ينصرف الى العقود لتعينها مشروعة لا الى الاستهلاك المحرم ولو قال غصبت منه الفا او قال
اودعني ثم قال هي زيوف او نبهرجة صدق وصل ام فصل لان الانسان يغصب ما يجد ويودع
ما يملك فلا مقتضى له في الجياد ولا تعامل فيكون بيانا للنوع فيصح وان فصل ولهذا
لو جاء راد المغصوب والوديعة بالمعيب كان القول قوله وعن ابي يوسف انه لا يصدق فيه
مفصولا اعتبارا بالقرض اذ القبض فيهما هو الموجب للضمان ولو قال هي ستوقة او رصاص
بعد ما اقر بالغصب والوديعة ووصل صدق وان فصل لم يصدق لان الستوقة ليست
من جنس الدراهم لكن الاسم يتناولها مجازا فكان بيانا مغيرا فلا بد من الوصل
وان قال في هذا كله الفا ثم قال الا انه ينقص كذا لم يصدق وان وصل صدق لان هذا
استثناء المقدار والاستثناء يصح موصولا بخلاف الزيافة لانها وصف ولا اللفظ يتناول
المقدار دون الوصف وهو تصرف لفظي كما بينا ولو كان الفصل ضرورة انقطاع الكلام
فهو واصل لعدم امكان الاحتراز عنه ومن اقر بغصب ثوب ثم جاء بثوب معيب فالقول
قوله لان الغصب لا يختص بالسليم ومن قال لاخر اخذت منك الف درهم وديعة فهلكت
فقال لا بل اخذتها غصبا فهو ضامن وان قال اعطيتنيها وديعة فقال غصبتنيها لم
يضمن والفرق ان في الفصل الاول اقر بسبب الضمان وهو الاخذ ثم ادعى ما يبرئه وهو

الاذن والاخر ينكره يكون القول له مع اليمين وفي الثاني اضاف الفعل الى غيره وذلك يدعي
عليه سبب الضمان وهو الغصب فكان القول للمنكر مع اليمين والقبض في هذا كالاخذ و
الدفع كالاعطا فان قال القايل الاعطا والدفع اليه لا يكون الا بقبضه فنقول قد يكون بالتخلية
والوضع بين يديه ولو اقتضى ذلك فالمقتضى ثابت ضرورة فلا يظهر في انعقاده سبب الضمان
وهذا الخلاف ما اذا قال اخذتها منك وديعة وقال الاخر لا بل قرضا حيث يكون القول
للمقر وان اقر بالاخذ لانهما توافقا هنالك على ان الاخذ كان بالاذن الا ان المقر له يدعي
سبب الضمان وهو القرض والاخر ينكره فافترقا فان قال هذه الالف كانت لي وديعة
عند فلان فاخذتها فقال فلان هي لي فانه يأخذها لانه اقر باليد له وادعى استحقاقها
عليه وهو منكر فالقول للمنكر وان قال آجرت دابتي هذه فلانا فركبها وردها او قال آجرت
ثوبي هذا فلبسه ورده فالقول قوله وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد القول
قول الذي اخذ منه الدابة والثوب وهو القياس وعلى هذا الخلاف الاعارة والاسكان
ولو قال خاط فلان ثوبي هذا بنصف درهم ثم قبضته وقال فلان الثوب ثوبي فهو على
هذا الاختلاف في الصحيح وجه القياس ما بيناه في الوديعة وجه الاستحسان وهو الفرق
ان اليد في الاجارة والاعارة ضرورية تثبت ضرورة استيفا المعقود عليه وهو المنافع فيكون
عدما فيما ورا الضرورة فلا يكون اقرارا له باليد مطلقا بخلاف الوديعة لان اليد فيها
مقصودة والايداع اثبات اليد قصدا فيكون الاقرار به اعترافا باليد للمودع ووجه آخر
ان في الاجارة والاعارة والاسكان اقر بيد ثابتة من جهته فيكون القول قوله في كيفيته
ولا كذلك في مسئلة الوديعة فانه قال فيها كانت وديعة وقد يكون من غير صنعه حتى لو قال
اودعتها كان على هذا الخلاف وليس مدار الفرق على ذكر الاخذ في طرف الوديعة وعدمه
في الطرف الاخر وهو الاجارة واخواتها لانه ذكر الاخذ في طرف الوديعة وعدمه في الطرف الاخر
وهو الاجارة لانه ذكر الاخذ في وضع الطرف الاخر في كتاب الاقرار ايضا وهذا بخلاف ما
اذا قال اقتضيت من فلان الف درهم كانت لي عليه او اقرضته ثم اخذتها منه وانكر
المقر له حيث يكون القول قوله لان الديون تقضى بامثالها وذلك انما يكون بقبض مضمون
واذا اقر بالاقتضا فقد اقر بسبب الضمان ثم ادعى تملكه عليه بما يدعيه عليه من الدين مقاصة
والاخر ينكره اما هنا المقبوض عين ما ادعى فيه الاجارة وما اشبهها فافترقا ولو اقر
ان فلانا زرع هذه الارض او بنى هذه الدار او غرس هذا الكرم وذلك كله في يد المقر
فادعاها فلان وقال المقر لا بل ذلك كله لي استعنت بك ففعلت او فعلته باجر فالقول
للمقر لانه ما اقر له باليد انما اقر بمجرد فعل منه وقد يكون ذلك في ملك في يد المقر وصار
كما اذا قال خاط لي الخياط قميصي هذا بنصف درهم ولم يقل قبضته منه لم يكن اقرارا

باليد ويكون القول للمقر لانه ما اقر بفعل منه وقد يخيط ثوبا في يد المقر كذا هذا والله اعلم

باب اقرار المريض

واذا اقر الرجل في مرض موته بديون وعليه ديون في صحته
وديون لزمته في مرضه باسباب معلومة فدين الصحة والدين المعروف الاسباب مقدم
وقال الشافعي دين المرض ودين الصحة يستويان لاستواء سببهما وهو الاقرار الصا
در عن عقل ودين ومحل الوجوب الذمة القابلة للحقوق فصار كانشاء التصرف مبايعة
ومناكحة ولنا ان الاقرار لا يعتبر دليلا اذا كان فيه ابطال حق الغير وفي اقرار
المريض ذلك لان حق غرما الصحة تعلق بهذا المال استيفا ولهذا منع من التبرع
والمحاباة الا بقدر الثلث بخلاف النكاح لانه من الحوايج الاصلية وهو بمهر المثل و
بخلاف المبايعة بمثل القيمة لان حق الغرما تعلق بالمالية لا بالصورة وفي حالة الصحة
لم يتعلق بالمال لقدرته على الاكتساب فيتحقق التثمير وهذه حالة العجز وحالتا
المرض حالة واحدة لانها حالة الحجر بخلاف حالتي الصحة والمرض لان الاولى حالة اطلاق
وهذه حالة عجز فافترقا وانما تقدم المعروفة الاسباب لانه لا تهمة في ثبوتها اذ المعاين
لا مرد له وذلك مثل بدل مال ملكه او استهلكه وعلم وجوبه بغير اقراره او تزوج
امراة بمهر مثلها وهذا الدين مثل دين الصحة لا يقدم احدهما على الاخر لما بينا ولو
اقر بعين في يديه لاخر لم يصح في حق غرما الصحة لتعلق حقهم به ولا يجوز للمريض
ان يقضي دين بعض الغرما دون البعض لان في ايثار البعض ابطال حق الباقين و
غرما الصحة والمرض في ذلك سوا الا اذا قضى ما استقرض في مرضه او نقد ثمن ما اشترى
في مرضه وقد علم بالبينة قال واذا قضيت الديون المقدمة وفضل شي يصرف
الى ما اقر به في حالة المرض لان الاقرار في ذاته صحيح وانما رد في حق غرما الصحة فاذا
لم يبق حقهم ظهرت صحته قال وان لم يكن عليه ديون في صحته جاز اقراره لانه لم
يتضمن ابطال حق الغير وكان المقر له اولى من الورثة لقول عمر رضي الله عنه اذا اقر المريض
بدين جاز ذلك عليه في جميع تركته ولان قضا الدين من الحوايج الاصلية وحق الورثة
يتعلق بالتركة بشرط الفراغ ولهذا يقدم حاجته في التكفين قال واذا اقر المريض
لوارثه لا يصح الا ان يصدقه فيه بقية الورثة وقال الشافعي في احد قوليه يصح لانه
اظهار حق ثابت لترجح جانب الصدق فيه وصار كالاقرار للاجنبي وبوارث اخر
وبوديعة مستهلكة للوارث ولنا قوله عليه السلام لا وصية لوارث ولا اقرار له
بالدين ولانه تعلق حق الورثة بماله في مرضه ولهذا يمنع من التبرع على الوارث اصلا
ففي تخصيص البعض به ابطال حق الباقين ولان حالة المرض حالة الاستغنا والقرابة
سبب التعلق الا ان هذا التعلق لم يظهر في حق الاجنبي لحاجته الى المعاملة في الصحة لانه

لو انحجر عن الاقرار بالمرض يمتنع الناس عن المعاملة معه وقلما تقع المعاملة مع الوارث
وما يظهر في الاقرار بوارث لحاجة ايضا ثم هذا التعلق حق بقية الورثة فاذا صدقوه
فقد ابطلوه فيصح اقراره قال واذا اقر لاجنبي جاز وان احاط بماله لما بينا والقياس
ان لا يجوز الا في الثلث لان الشرع قصر تصرفه عليه الا انا نقول لما صح اقراره في الثلث
كان له التصرف في ثلثي الباقي لانه الثلث بعد الدين ثم وثم حتى ياتي على الكل قال ومن
اقر لاجنبي ثم قال هو ابني ثبت نسبه منه وبطل اقراره وان اقر لاجنبية ثم تزوجها لم يبطل
اقراره لها ووجه الفرق ان دعوة النسب تستند الى وقت العلوق فتبين انه اقر لابنه
فلا يصح ولا كذلك الزوجية لانها تقتصر على زمان التزوج فبقي اقراره لاجنبية قال
ومن طلق زوجته في مرضه ثلاثا ثم اقر لها بدين فلها الاقل من الدين ومن ميراثها منه لانهما
متهمان فيه لقيام العدة وباب الاقرار مسدود للورثة فلعله اقدم على هذا الطلاق ليصح
اقراره لها زيادة على ميراثها ولا تهمة في اقل الامرين فيثبت **فصل** ومن اقر بغلام يولد
مثله لمثله وليس له نسب معروف انه ابنه وصدقه الغلام ثبت نسبه منه وان كان مريضا
لان النسب مما يلزمه خاصة فيصح اقراره به وشرط ان يولد مثله لمثله كيلا يكون مكذبا
في الظاهر وشرط ان لا يكون له نسب معروف لانه يمنع ثبوته من غيره وانما شرط تصديقه
لانه في يد نفسه اذ المسئلة في غلام يعبر عن نفسه بخلاف الصغير على ما مر من قبل ولا يمتنع
بالمرض لان النسب من الحوائج الاصلية ويشارك الورثة في الميراث لانه لما ثبت نسبه منه
صار كالوارث المعروف فيشارك الورثة قال ويجوز اقرار الرجل بالوالدين والولد
والزوجة والمولى لانه اقر بما يلزمه وليس فيه تحميل النسب على الغير وهو الزوج لان النسب
منه الا ان يصدقها الزوج لان الحق له او تشهد بولادتها قابلة لان قول القابلة في
هذا مقبول وقد مر في الطلاق وذكرنا في اقرار المراة تفصيلا في كتاب الدعوى ولا بد
من تصديق هؤلاء ويصح التصديق في النسب بعد موت المقر لان النسب يبقى بعد الموت
وكذا تصديق الزوجة لان حكم النكاح باق وكذا يصح تصديق الزوج بعد موتها
لان الارث من احكامه وعند ابي حنيفة لا يصح لان النكاح انقطع بالموت ولا يصح التصديق
على اعتبار الارث لانه معدوم حالة الاقرار وانما يثبت بعد الموت والتصديق يستند
الى اول الاقرار قال ومن اقر بنسب من غير الوالدين والولد نحو الاخ والعم لا يقبل اقراره في
النسب لان فيه حمل النسب على الغير فان كان له وارث معروف قريب او بعيد فهو اولى
بالميراث من المقر له لانه لما لم يثبت نسبه منه لا يزاحم الوارث المعروف وان لم يكن له وارث
استحق المقر له ميراثه لان له ولاية التصرف في مال نفسه عند عدم الوارث الا ترى ان له ان
يوصي بجميعه فيستحق جميع المال وان لم يثبت نسبه لما فيه من حمل النسب على الغير وليست

هذه وصية حقيقة حتى ان من اقر باخ ثم اوصى لآخر بجميع ماله كان للموصى له ثلث المال
ولو كان الاول وصية لاشتركا نصفين لكنه بمنزلته حتى لو اقر في مرضه باخ وصدقه
المقر له ثم انكر المقر وراثته ثم اوصى بماله كله لانسان كان ماله للموصى له ولو لم يوص
لاحد كان لبيت المال لان رجوعه صحيح لان النسب لم يثبت فبطل الاقرار قال
ومن مات ابوه فاقر باخ لم يثبت نسب اخيه لما بينا ويشاركه في الارث لان اقراره
تضمن شيئين حمل النسب على الغير ولا ولاية له عليه والاشتراك في المال وله فيه ولاية
فيثبت كالمشتري اذا اقر على البائع بالعتق لم يقبل اقراره عليه حتى لا يرجع عليه بالثمن
ولكنه يقبل في حق العتق قال ومن مات وترك ابنين وله على آخر مائة درهم واقر
احدهما ان اباه قبض منها خمسين لا شيء للمقر وللآخر خمسون لان هذا اقرار بالدين
على الميت لان الاستيفاء انما يكون بقبض مضمون فاذا كذبه اخوه استغرق الدين نصيبه
كما هو المذهب عندنا غاية الامر انهما تصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما لكن المقر
لو رجع على القابض بشيء لرجع القابض على الغريم ورجع الغريم على المقر فيؤدي الى الدور
كتاب الصلح قال الصلح على ثلاثة اضرب صلح مع اقرار وصلح مع سكوت وهو ان
لا يقر المدعى عليه ولا ينكر وصلح مع انكار وكل ذلك جائز لاطلاق قوله تعالى والصلح
خير ولقوله عليه السلام كل صلح جائز فيما بين المسلمين الا صلحا احل حراما او حرم حلالا
وقال الشافعي لا يجوز مع انكار ومع سكوت لما روينا وهذا بهذه الصفة لان
البدل كان حلالا على الدافع حراما على الآخذ فينقلب الامر ولان المدعى عليه يدفع المال
لقطع الخصومة وهذا رشوة ولنا ما تلونا واول ما روينا وتاويل آخره احل حراما
لعينه كالخمر او حرم حلالا لعينه كالصلح على ان لا يطا الضرة ولان هذا صلح بعد دعوى
صحيحة فيقضى بجوازه لان المدعي ياخذه عوضا عن حقه في زعمه وهذا مشروع
والمدعى عليه يدفعه لدفع الخصومة عن نفسه وهذا مشروع ايضا اذ المال وقاية الانفس
ودفع الرشوة لدفع الظلم امر جائز قال وان وقع الصلح عن اقرار اعتبر فيه ما يعتبر في
البياعات ان وقع عن مال بمال لوجود معنى البيع وهو مبادلة المال بالمال في حق
المتعاقدين بتراضيهما فتجري فيه الشفعة اذا كان عقارا ويرد بالعيب ويثبت فيه خيار
الشرط والرؤية ويفسده جهالة البدل لانها هي المفضية الى المنازعة دون جهالة المصالح
عنه لانه يسقط ويشترط القدرة على تسليم البدل فان وقع عن مال بمنافع يعتبر
بالاجارات لوجود معنى الاجارة وهو تمليك المنافع بمال والاعتبار في العقود لمعانيها
فيشترط التوقيت فيها ويبطل الصلح بموت احدهما في المدة لانه اجارة والصلح عن السكوت
والانكار في حق المدعى عليه لافتداء اليمين وقطع الخصومة وفي حق المدعي بمعنى المعاوضة

لما بينا ويجوز ان يختلف حكم العقد في حقهما كما يختلف حكم الاقالة في حق المتعاقدين وغيرهما
وهذا في الانكار ظاهر وكذا في السكوت لانه يحتمل الاقرار والجحود فلا يثبت كونه عوضا في
حقه بالشك قال اذا صالح عن دار لم يجب فيها الشفعة معناه اذا كان عن انكار او
سكوت لانه ياخذها على اصل حقه ويدفع المال دفعا لخصومة المدعي وزعم المدعي لا يلزمه
بخلاف ما اذا صالح على دار حيث يجب فيها الشفعة لان المدعي ياخذها عوضا عن المال فكان
معاوضة في حقه فيلزمه الشفعة باقراره وان كان المدعى عليه يكذبه قال واذا كان
الصلح عن اقرار فاستحق بعض المصالح عنه رجع المدعى عليه بحصة ذلك من العوض لانه
معاوضة مطلقة كالبيع وحكم الاستحقاق في البيع هذا وان وقع الصلح عن سكوت
او انكار فاستحق المتنازع فيه رجع المدعي بالخصومة ورد العوض لان المدعى عليه ما بذل
العوض الا ليدفع خصومته عن نفسه فاذا ظهر الاستحقاق تبين انه لا خصومة له فيبقى
العوض في يده غير مشتمل على غرضه فيسترده وان استحق بعض ذلك رد حصته ورجع بالخصومة
فيه لانه خلا العوض في هذا القدر عن الغرض ولو استحق المصالح عليه عن اقرار رجع بكل المصالح
عنه لانه مبادلة بحصته وان كان الصلح عن انكار رجع الى الدعوى في كله او بقدر المستحق
اذا استحق بعضه لان المبدل هو الدعوى وهذا بخلاف ما اذا باع منه على الانكار شيئا
حيث يرجع بالمدعي لان الاقدام على البيع اقرار منه بالحق له ولا كذلك الصلح لانه قد يقع
لدفع الخصومة ولو هلك بدل الصلح قبل التسليم فالجواب فيه كالجواب في الاستحقاق
في الفصلين قال وان ادعى حقا في دار لم يبينه فصولح من ذلك ثم استحق بعض الدار
لم يرد شيئا من العوض لان دعواه يجوز ان يكون فيما بقي بخلاف ما اذا استحق كله لانه يعرى
العوض عند ذلك عن شيء يقابله فيرجع بكله على ما قدمنا في البيوع ولو ادعى دارا فصالح
على قطعة منها لم يصح الصلح لان ما قبضه من عين حقه وهو على دعواه في الباقي والوجه
فيه احد الامرين اما ان يزيد درهما في بدل الصلح فيصير ذلك عوضا عن حقه فيما بقي او يلحق
ذكر البراءة من دعوى الباقي

فصل

والصلح جائز عن دعوى الاموال لانه في معنى البيع
على ما مر قال والمنافع لانها تملك بعقد الاجارة فكذا بالصلح والاصل ان الصلح يجب
حمله على اقرب العقود اليه واشبهها به احتيالا لتصحيح تصرف العاقل ما امكن قال
عن جناية العمد والخطا اما الاول فلقوله تعالى فمن عفي له من اخيه شيء الاية قال ابن عباس
رضي الله عنهما انها نزلت في الصلح وهو بمنزلة النكاح حتى ان ما صلح مسمى فيه صلح هنا اذ كل
واحد منهما مبادلة المال بغير المال الا عند فساد التسمية هنا يصار الى الدية لانه موجب الدم
ولو صالح على خمر لا يجب شيء لانه لا يجب بمطلق العفو وفي النكاح يجب مهر المثل في الفصلين
لانه الموجب الاصلي ويجب مع السكوت عنه حكما ويدخل في اطلاق جواب الكتاب الجناية في النفس

وماده

وما دونه وهذا بخلاف الصلح عن حق الشفعة على مال حيث لا يصح لانه حق التملك ولا حق
في المحل قبل التملك اما القصاص فملك المحل في حق الفعل فيصح الاعتياض عنه واذا لم يصح
الصلح تبطل الشفعة لانه يبطل بالاعراض والسكوت والكفالة بالنفس بمنزلة حق الشفعة
حتى لا يجب المال بالصلح عنه الا ان في بطلان الكفالة روايتين على ما عرف في موضعه واما
الثاني وهو جناية الخطا فلان موجبها المال فيصير بمنزلة البيع الا انه لا تصح الزيادة على
قدر الدية لانه مقدر شرعا فلا يجوز ابطاله فترد الزيادة بخلاف الصلح عن القصاص حيث
يجوز بالزيادة على قدر الدية لان القصاص ليس بمال وانما يتقوم بالعقد وهذا اذا صالح
على احد مقادير الدية اما اذا صالح على غير ذلك جاز لانه مبادلة بها الا انه يشترط القبض في
المجلس كيلا يكون افتراقا عن دين بدين ولو قضى القاضي باحد مقاديرها فصالح على جنس
آخر منها بالزيادة جاز لانه تعين الحق بالقضاء فكان مبادلة بخلاف الصلح ابتداء لان
تراضيهما على بعض المقادير بمنزلة القضاء في حق التعيين فلا يجوز الزيادة على ما تعين
قال ولا يجوز عن دعوى حد لانه حق الله تعالى لا حقه ولا يجوز الاعتياض عن حق غيره ولهذا
لا يجوز الاعتياض اذا ادعت المراة نسب ولدها لانه حق الولد لا حقها وكذا لا يجوز الصلح
عما اشرعه في طريق العامة لانه حق العامة فلا يجوز ان يصالح واحد على الانفراد عنه ويدخل
في اطلاق الجواب حد القذف لان المغلب فيه حق الشرع قال واذا ادعى رجل على امراة
نكاحا وهي تجحد فصالحته على مال بذلته حتى يترك الدعوى جاز وكان في معنى الخلع لانه
امكن تصحيحه خلعا في جانبه بناء على زعمه وفي جانبها بذلا للمال لدفع الخصومة قالوا ولا يحل
له ان ياخذ فيما بينه وبين الله تعالى اذا كان مبطلا في دعواه قال واذا ادعت امراة
نكاحا على رجل فصالحها على مال بذلها له جاز قال رضي الله عنه هكذا ذكر في بعض نسخ
المختصر وفي بعضها قال لم يجز وجه الاول ان يجعل زيادة في مهرها وجه الثاني انه بذل لها
المال لتترك الدعوى فان جعل ترك الدعوى منها فرقة فالزوج لا يعطي العوض في الفرقة
وان لم يجعل فالحال على ما كان عليه قبل الدعوى فلا شيء يقابله العوض فلم يصح قال
واذا ادعى على رجل انه عبده فصالحه على مال اعطاه جاز وكان في حق المدعي بمعنى الاعتاق
على مال لانه امكن تصحيحه على هذا الوجه في حقه لزعمه ولهذا يصح على حيوان في الذمة الى
اجل وفي حق المدعى عليه يكون لدفع الخصومة لانه يزعم انه حر الاصل فجاز الا انه لا ولاء له
لانكار العبد الا ان يقيم البينة فتقبل ويثبت الولاء قال واذا قتل العبد الماذون
له رجلا عمدا لم يجز له ان يصالح عن نفسه وان قتل عبد له رجلا عمدا فصالحه جاز ووجه الفرق
ان رقبته ليست من تجارته ولهذا لا يملك التصرف فيه بيعا وكذا استخلاصا بمال المولى
وصار كالاجنبي اما عبده فمن تجارته وتصرفه فيه نافذ بيعا وكذا استخلاصا وهذا لان

المستحق كالمزايل عن ملكه وهنا اشتراه فيملكه قال ومن غصب ثوبا يهوديا قيمته دون المائة
فاستهلكه فصالحه منها على مائة درهم جاز عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد يبطل
الفضل على قيمته بما لا يتغابن الناس فيه لان الواجب هو القيمة وهي مقدرة فالزيادة عليها
تكون ربوا بخلاف ما اذا صالح على عرض لان الزيادة لا تظهر عند اختلاف الجنس وبخلاف
ما يتغابن الناس فيه لانه يدخل تحت تقويم المقومين فلا تظهر الزيادة ولابي حنيفة ان
حقه في الهالك باق حتى لو كان عبدا وترك اخذ القيمة يكون الكفن عليه او حقه في مثله صورة
ومعنى لان ضمان العدوان بالمثل وانما ينتقل الى القيمة بالقضاء فقبله اذا تراضيا
على الاكثر كان اعتياضا فلا يكون ربوا بخلاف الصلح بعد القضاء لان الحق قد انتقل
الى القيمة قال واذا كان العبد بين رجلين اعتق احدهما وهو موسر فصالحه الآخر
على اكثر من نصف قيمته فالفضل باطل وهذا بالاتفاق اما عندهما فلما بينا واما الوجه
لابي حنيفة ان القيمة في العتق منصوص عليها وتقدير الشرع لا يكون دون تقدير القاضي
فلا تجوز الزيادة عليه بخلاف ما تقدم لانها غير منصوص عليها وان صالحه على عرض
جاز لما بينا انه لا يظهر الفضل **باب التبرع** بالصلح والتوكيل به ومن وكل رجلا
بالصلح عنه فصالح لم يلزم الوكيل ما صالح عليه الا ان يضمنه والمال لازم للموكل وتاويل
هذه المسئلة اذا كان الصلح عن دم العمد او كان الصلح على بعض ما يدعيه من الدين لانه
اسقاط محض وكان الوكيل فيه سفيرا ومعبرا فلا ضمان عليه كالوكيل بالنكاح الا ان يضمنه
لانه هو حينئذ مواخذ بعقد الضمان لا بعقد الصلح اما اذا كان الصلح عن مال بمال
فهو بمنزلة البيع فيرجع الحقوق الى الوكيل ويكون المطالب بالمال هو الوكيل دون الموكل
قال واذا صالح عنه رجل بغير امره فهو على اربعة اوجه ان صالح بمال وضمنه تم الصلح
لان الحاصل للمدعى عليه ليس الا البراءة وفي حقها الاجنبي والمدعى عليه سواء فصلح
اصيلا فيه اذا ضمنه كالفضولي بالخلع اذا ضمن البدل ويكون متبرعا على المدعى عليه كما لو تبرع
بقضاء الدين بخلاف ما اذا كان بامره ولا يكون لهذا المصالح شيء من المدعى وانما ذلك
للذي في يده لان تصحيحه بطريق الاسقاط ولا فرق بين ما اذا كان مقرا او منكرا
وكذلك ان قال صالحتك على الفي هذه او على عبدي هذا صح الصلح ولزمه تسليمها لانه
لما اضافه الى مال نفسه فقد التزم تسليمه فصح الصلح وكذا لو قال على الف وسلمها
لان التسليم اليه يوجب سلامة العوض له فيتم العقد لحصول مقصوده ولو قال صالحتك
على الف فالعقد موقوف فان اجاز المدعى عليه جاز ولزمه الالف وان لم يجزه بطل
لان الاصل في العقد انما هو المدعى عليه لان دفع الخصومة حاصل له الا ان الفضولي
يصير اصيلا بواسطة اضافة الضمان الى نفسه واذا لم يضف بقي عاقدا من جهة المطلوب

فيتوقف

فيتوقف على اجازته قال الشيخ الامام رضي الله عنه ووجه آخر ان يقول صالحتك
على هذه الالف او على هذا العبد ولم ينسبه الى نفسه لانه لما عينه للتسليم صار
شارطا سلامته له فيتم بقوله ولو استحق العبد او وجد به عيبا فرده فلا سبيل له
على المصالح لانه التزم الايفاء من محل بعينه ولم يلتزم شيئا سواه فان سلم المحل له
تم الصلح وان لم يسلم لم يرجع عليه بشيء بخلاف ما اذا صالح على دراهم مسماة وضمنها
ودفعها ثم استحقت او وجدها زيوفا حيث يرجع عليه لانه جعل نفسه اصيلا في
حق الضمان ولهذا يجبر على التسليم فاذا لم يسلم له رجع عليه ببدله **باب الصلح**
في الدين وكل شيء وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة لم يحمل على المعاوضة وانما
يحمل على انه استوفى بعض حقه واسقط باقيه كمن له على رجل الف درهم فصالحه على خمسمائة
وكمن له على آخر الف جياد فصالحه على خمسمائة زيوف جاز وكانه ابرأه عن بعض حقه وهذا
لان تصرف العاقل يتحرى تصحيحه ما امكن ولا وجه لتصحيحه معاوضة لافضائه الى
الربوا فجعل اسقاطا للبعض في المسئلة الاولى وللبعض والصفة في الثانية ولو
صالح على الف موجلة جاز وكانه اجل نفس الحق لانه لا يمكن جعله معاوضة لان بيع الدراهم
بمثلها نسيئة لا يجوز فحملناه على التاخير ولو صالحه على دنانير الى شهر لم يجز لان الدنانير
غير مستحقة بعقد المداينة فلا يمكن حمله على التاخير ولا وجه له سوى المعاوضة وبيع
الدراهم والدنانير نسيئة لا يجوز فلم يصح الصلح ولو كانت له الف موجلة فصالحه على
خمسمائة حالة لم يجز لان المعجل خير من الموجل وهو غير مستحق بالعقد فيكون بازاء
ما حط عنه وذلك اعتياض عن الاجل وهو حرام فان كانت له الف سود فصالحه على
خمسمائة بيض لم يجز لان البيض غير مستحقة بعقد المداينة وهي زائدة وصفا فيكون
معاوضة الالف بخمسمائة وزيادة وصف وهو ربوا بخلاف ما اذا صالح على قدر
الدين وهو اجود لانه معاوضة المثل بالمثل ولا معتبر بالصفة الا انه يشترط
القبض في المجلس ولو كان عليه الف درهم ومائة دينار فصالحه على مائة درهم حالة
او الى شهر صح الصلح لانه امكن ان يجعل اسقاطا للدنانير كلها والدراهم الا مائة
وتاجيلا للباقي فلا يجعل معاوضة تصحيحا للعقد ولان معنى الاسقاط فيه الزم
قال ومن له على آخر الف درهم فقال اد الي غدا منها خمسمائة على انك بريء
من الفضل ففعل فهو بريء فان لم يدفع اليه الخمسمائة غدا عاد عليه الالف وهذا
قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا يعود عليه لانه ابراء مطلق الا ترى انه جعل
اداء الخمسمائة عوضا حيث ذكره بكلمة على وهي للمعاوضة والاداء لا يصلح عوضا لكونه
مستحقا عليه فجرى وجوده مجرى عدمه فبقي الابراء مطلقا فلا يعود كما اذا بدأ بالابراء

ولهما ان هذا ابراء مقيد بالشرط فيفوت بفواته لانه بدا باداء الخمسمائة في الغد وانه
يصلح عوضا حذار افلاسه او توسلا الى تجارة اربح منه وكلمة على ان كانت للمعاوضة تصحيحا
لتصرفه او لانه متعارف والابراء مما يتقيد بالشرط وان كان لا يتعلق به كما في الحوالة وسنخرج
البداية بالاداء ان شاء الله تعالى قال رضي الله عنه وهذه المسئلة على وجوه احدها ما ذكرنا
والثاني اذا قال صالحتك من الالف على خمسمائة تدفعها الى غدا وانت بريء من الفضل على
انك ان لم تدفعها غدا فالالف عليك على ما له وجوابه ان الامر على ما قال لانه اتى
بصريح التقييد فيعمل به والثالث اذا قال ابراتك من خمسمائة من الالف على ان تعطيني
الخمسمائة غدا والابراء فيه واقع اعطى الخمسمائة او لم يعط لانه اطلق الابراء اولا واداء
الخمسمائة لا يصلح عوضا مطلقا ولكنه يصلح شرطا فوقع الشك في تقييده بالشرط
فلا يتقيد به بخلاف ما اذا بدا باداء خمسمائة لان الابراء حصل مقرونا به فمن حيث انه لا
يصلح عوضا يقع مطلقا ومن حيث انه يصلح شرطا لا يقع مطلقا فلا يثبت الاطلاق
بالشك فافترقا والرابع اذا قال اد الى خمسمائة على انك بريء من الفضل ولم يوقت
للاداء وقتا وجوابه انه يصح الابراء ولا يعود الدين لان هذا ابراء مطلق لانه لما لم
يوقت للاداء وقتا لا يكون الاداء غرضا صحيحا لانه واجب عليه في مطلق الازمان
فلم يتقيد بل يحمل على المعاوضة ولا يصلح عوضا بخلاف ما تقدم لان الاداء في الغد
غرض صحيح والخامس اذا قال ان اديت الى خمسمائة او قال اذا اديت او متى اديت فالجواب
فيه انه لا يصح الابراء لانه علقه بالشرط صريحا وتعليق البراءات بالشروط باطل لما فيها
من معنى التمليك حتى يرتد بالرد بخلاف ما تقدم لانه ما اتى بصريح الشرط فحمل على التقييد
به قال ومن قال لآخر لا اقر لك بمالك حتى تؤخره عني او تحط عني ففعل جاز عليه لانه
ليس بمكره لتمكنه من اقامة البينة والتحليف ومعنى المسئلة انه اذا قال ذلك سرا
اما اذا قال علانية يؤخذ به فصل في الدين المشترك واذا كان الدين بين شريكين
فصالح احدهما من نصيبه على ثوب فشريكه بالخيار ان شاء اتبع الذي عليه الدين بنصفه
وان شاء اخذ نصف الثوب الا ان يضمن له شريكه ربع الدين واصل هذا ان الدين
المشترك بين اثنين اذا قبض احدهما شيئا منه فلصاحبه ان يشاركه في المقبوض لانه
ازداد بالقبض اذ مالية الدين باعتبار عاقبة القبض وهذه الزيادة راجعة الى
اصل الحق فتصير كزيادة الولد والثمر وله حق المشاركة ولكنه قبل المشاركة باق على
ملك القابض لان العين غير الدين حقيقة وقد قبضه بدلا عن حقه فيملكه حتى ينفذ
تصرفه فيه ويضمن لشريكه حصته والدين المشترك ان يكون واجبا بسبب متحد كثمن المبيع
اذا كان صفقة واحدة وثمن المال المشترك والموروث بينهما وقيمة المستهلك المشترك

اذا عرفنا هذا فنقول في مسئلة الكتاب له ان يتبع الذي عليه الاصل لان نصيبه باق في ذمته
لان القابض قبض نصيبه لكن له حق المشاركة وان شاء اخذ نصف الثوب لان له حق المشاركة
الا ان يضمن له شريكه ربع الدين لان حقه في ذلك قال ولو استوفى نصف نصيبه
من الدين كان لشريكه ان يشركه فيما قبض لما قلنا ثم يرجعان على الغريم بالباقي لانهما لما
اشتركا في المقبوض لا بد ان يبقى الباقي على الشركة قال ولو اشترى احدهما بنصيبه
من الدين سلعة كان لشريكه ان يضمنه ربع الدين لانه صار قابضا حقه بالمقاصة كملا
لان مبنى البيع على المماكسة بخلاف الصلح لان مبناه على الاغماض والحط فلو الزمناه دفع
ربع الدين يتضرر به فيتخير القابض كما ذكرنا ولا سبيل للشريك على الثوب في البيع
لانه ملكه بعقده والاستيفاء بالمقاصة بين ثمنه وبين الدين وللشريك ان يتبع الغريم
في جميع ما ذكرنا لان حقه في ذمته باق لان القابض استوفى نصيبه حقيقة لكن له
حق المشاركة فله ان لا يشاركه فلو سلم له ما قبض ثم توى ما على الغريم له ان يشارك
القابض لانه رضي بالتسليم ليسلم له ما في ذمة الغريم ولم يسلم ولو وقعت المقاصة
بدين كان عليه من قبل لم يرجع عليه الشريك لانه قاض بنصيبه لا مقتض ولو ابراه
عن نصيبه فكذلك لانه اتلاف وليس بقبض ولو ابراه عن البعض كانت قسمة الباقي
على ما بقي من السهام ولو اخر احدهما عن نصيبه صح عند ابي يوسف اعتبارا بالابراء
المطلق ولا يصح عندهما لانه يؤدي الى قسمة الدين قبل القبض ولو غصب احدهما
عينا منه او اشتراه شراء فاسدا وهلك في يده فهو قبض والاستئجار بنصيبه
قبض وكذا الاحراق عند محمد خلافا لابي يوسف والتزوج به اتلاف في ظاهر
الرواية وكذا الصلح عليه عن جناية العمد قال واذا كان السلم بين شريكين
فصالح احدهما من نصيبه على راس المال لم يجز عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف
يجوز الصلح اعتبارا بسائر الديون وبما اذا اشتريا عبدا فاقال احدهما في
نصيبه لابد من اجازة الآخر بخلاف شراء العين وهذا لان المسلم فيه صار واجبا
بالعقد والعقد قام بهما فلا ينفرد احدهما برفعه ولانه لو جاز لشاركه في المقبوض
فاذا شاركه فيه رجع المصالح على من عليه بذلك فيؤدي الى عود السلم بعد سقوطه
قالوا هذا اذا خلطا راس المال فان لم يكونا قد خلطاه فعلى الوجه الاول هو على
الخلاف وعلى الوجه الثاني هو على الاتفاق فصل في التخارج فاذا كانت
التركة بين ورثة فاخرجوا احدهم منها بمال اعطوه اياه والتركة عقار او عروض
جاز قليلا كان ما اعطوه اياه او كثيرا لانه امكن تصحيحه بيعا وفيه اثر عثمان
رضي الله عنه فانه صالح تماضر الاشجعية امراة عبد الرحمن بن عوف عن ربع ثمنها على

ثمانين لنقد دينار قال وان كانت التركة فضة فاعطوه ذهبا او كان ذهبا فاعطي
فضة فهو كذلك لانه بيع الجنس بخلاف الجنس فلا يعتبر التساوي ويعتبر التقابض
في المجلس لانه صرف وغير ان الذي في يد بقية التركة ان كان جاحدا يكتفي بذلك القبض
لانه قبض ضمان فينوب عن قبض الصلح وان كان مقرا لابد من تجديد القبض لانه قبض
امانة فلا ينوب عن قبض الصلح وان كانت التركة ذهبا وفضة وغيره كالفضا على
فضة او ذهب فلا بد ان يكون ما اعطوه اكثر من نصيبه من ذلك الجنس حتى يكون نصيبه
بمثله والزيادة بحقه من بقية التركة احترازا عن الربوا ولا بد من التقابض فيما
يقابل نصيبه من الذهب والفضة لانه صرف في هذا المقدار ولو كان بدل الصلح عرضا
جاز مطلقا لعدم الربوا ولو كان في التركة دراهم ودنانير وبدل الصلح دراهم ودنانير
ايضا جاز الصلح كيف ما كان صرفا للجنس بخلاف الجنس كما في البيع لكن يشترط التقابض
للصرف قال واذا كان في التركة دين على الناس فادخلوه في الصلح على ان يخرجوا
المصالح عنه ويكون الدين لهم فالصلح باطل لان فيه تمليك الدين من غير من عليه الدين
وهو حصة المصالح وان شرطوا ان يبرا الغرماء منه ولا يرجع عليهم بنصيب المصالح فالصلح
جائز لانه اسقاط او هو تمليك الدين ممن عليه وهو جائز وهذه حيلة الجواز واخرى ان
يعجلوا قضاء نصيبه متبرعين وفي الوجهين ضرر ببقية الورثة والاوجه ان يقرضوا المصالح
مقدار نصيبه ويصالحوا عما وراء الدين ويحيلهم على استيفاء نصيبه من الغرماء ولو لم
يكن في التركة دين واعيانها غير معلومة والصلح على المكيل والموزون قيل لا يجوز
لاحتمال الربوا وقيل يجوز لانه شبهة الشبهة ولو كانت التركة غير المكيل والموزون لكنها
اعيان غير معلومة قيل لا يجوز لكونه بيعا اذ المصالح عنه عين والاصح انه يجوز لانها لا تفضي
الى المنازعة لقيام المصالح عنه في يد البقية من الورثة وان كان على الميت دين مستغرق
لا يجوز الصلح ولا القسمة لان التركة لم يتملكها الوارث وان لم يكن مستغرقا فالاولى ينبغي
ان يصالحوا ما لم يقضوا دينه فيقدم حاجة الميت ولو فعلوا قالوا يجوز وذكر الكرخي
في القسمة انها لا تجوز استحسانا وتجوز قياسا

كتاب المضاربة

المضاربة مشتقة
من الضرب في الارض سمي بها لان المضارب يستحق الربح بسعيه وعمله وللحاجة اليها فان
الناس بين غني بالمال وغبي عن التصرف فيه وبين مهتد في التصرف صفر اليد عنه فمست
الحاجة الى شرع هذا النوع من التصرف لينتظم مصلحة الغبي والذكي والفقير والغني
وبعث النبي عليه السلام والناس يباشرونه فقررهم عليه وتعاملت به الصحابة رضي
الله عليهم ثم المدفوع الى المضارب امانة في يده لانه قبضه بامر مالكه لا على وجه البدل
والوثيقة وهو وكيل فيه لانه يتصرف فيه بامر مالكه واذا ربح فهو شريك فيه لتملكه جزءا

من المال

من المال بعمله فاذا فسدت ظهرت الاجارة حتى استوجب العامل اجر مثله واذا خالف كان
عاصيا لوجود التعدي منه على مال غيره قال المضاربة عقد على الشركة بمال من احد
الجانبين ومراده الشركة في الربح وهو يستحق بالمال من احد الجانبين والعمل من الجانب
الاخر ولا مضاربة بدونها الا ترى ان الربح لو شرط كله لرب المال كان بضاعة ولو شرط
جميعه للمضارب كان قرضا قال ولا يصح الا بالمال الذي يصح به الشركة وقد تقدم
بيانه من قبل ولو دفع اليه عرضا وقال بعه واعمل مضاربة في ثمنه جاز لانه يقبل الاضافة
من حيث انه توكيل واجارة فلا مانع من الصحة وكذا اذا قال له اقبض ما لي على فلان
واعمل به مضاربة جاز لما قلنا بخلاف ما اذا قال اعمل بالدين الذي في ذمتك حيث
لا يصح المضاربة لان عند ابي حنيفة لا يصح هذا التوكيل على ما مر في البيوع وعندهما
يصح لكن يقع الملك في المشترى للامر فيصير مضاربة بالعرض قال ومن شرطها ان
يكون الربح بينهما مشاعا لا يستحق احدهما دراهم مسماة لان شرط ذلك يقطع الشركة
بينهما ولا بد منها كما في عقد الشركة قال فان شرط زيادة عشرة فله اجر مثله لفساده فلعله
الا على هذا التقدير فينقطع الشركة في الربح وهذا لانه ابتغى عن منافعه عوضا ولم ينل
والربح لرب المال لانه نماء ملكه وهذا هو الحكم في كل موضع لم يصح المضاربة ولا يجاوز بالاجر
القدر المشروط عند ابي حنيفة خلافا لمحمد كما بينا في الشركة ويجب الاجر وان لم يربح في رواية
الاصل لان اجر الاجير يجب بتسليم المنافع او العمل وقد وجد وعن ابي يوسف انه لا يجب
اعتبارا بالمضاربة الصحيحة مع انه فوقها والمال في المضاربة الفاسدة غير مضمون بالهلاك
اعتبارا بالصحيحة ولانه عين مستاجرة في يده وكل شرط يوجب جهالة في الربح يفسده لاختلال
مقصوده وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها ويبطل الشرط كاشتراط الوضيعة
على المضارب قال ولا بد ان يكون المال مسلما الى المضارب ولا يد لرب المال فيه لان
المال امانة في يده فلا بد من التسليم اليه وهذا بخلاف الشركة لان المال في المضاربة
من احد الجانبين والعمل من الجانب الاخر فلا بد ان يخلص المال للعامل ليتمكن من التصرف
فيه اما العمل في الشركة من الجانبين فلو شرط خلوص اليد لاحدهما لم تنعقد الشركة
وشرط العمل على رب المال مفسد للعقد لانه يمنع خلوص يد المضارب فلا يتمكن من التصرف
فلا يتحقق المقصود وسواء كان المالك عاقدا او غير عاقد كالصغير لان يد المالك ثابتة
له وبقاؤه يمنع التسليم الى المضارب وكذا احد المتفاوضين واحد شريكي العنان اذا
دفع المال مضاربة وشرط عمل صاحبه لقيام الملك له وان لم يكن عاقدا واشتراط العمل
على العاقد مع المضارب وهو غير مالك يفسده ان لم يكن من اهل المضاربة فيه كالماذون
بخلاف الاب والوصي لانهما من اهل ان ياخذا مال الصغير مضاربة بانفسهما فكذا اشتراطه

عليهما بجزء من المال قال واذا صحت المضاربة مطلقة جاز للمضارب ان يبيع ويشتري و
يوكل ويسافر ويبضع ويودع لاطلاق العقد والمقصود منه الاسترباح ولا يتحصل الا
بالتجارة فينتظم العقد صنوف التجارة وما هو من صنيع التجار والتوكيل من صنيعهم
وكذا الابضاع والايداع والمسافرة الا ترى ان المودع له ان يسافر فالمضارب اولى كيف
وان اللفظ دليل عليه لانها مشتقة من الضرب في الارض وهو السير وعن ابي يوسف انه
ليس له ان يسافر وعن ابي حنيفة انه ان دفع في بلده ليس له ان يسافر لانه تعريض على
الهلاك من غير ضرورة وان دفع في غير بلده له ان يسافر الى بلده لانه هو المراد في الغالب
والظاهر ما ذكر في الكتاب قال ولا يضارب الا ان ياذن له رب المال او يقول
له اعمل برايك لان الشيء لا يتضمن مثله لتساويهما في القوة فلا بد من التنصيص عليه او
التفويض المطلق اليه وكان كالتوكيل فان الوكيل لا يملك ان يوكل غيره الا اذا قيل له
اعمل برايك بخلاف الايداع والابضاع فيتضمنه وبخلاف الاقراض حيث لا يملكه
وان قيل له اعمل برايك لان المراد منه التعميم فيما هو من صنيع التجار وليس الاقراض
منه وهو تبرع كالهبة والصدقة فلا يحصل به الغرض وهو الربح لانه لا تجوز الز
يادة عليه اما الدفع مضاربة فمن صنيعهم وكذا الشركة والخلط بمال نفسه فيدخل
تحت هذا القول قال فان خص له رب المال التصرف في بلد بعينه او في سلعة
بعينها لم يجز ان يتجاوزها لانه توكيل وفي التخصيص فائدة فيتخصص وكذا ليس له
ان يدفعه بضاعة الى من يخرجها من تلك البلدة لانه لا يملك الاخراج بنفسه فلا
يملك التفويض الى غيره قال فان خرج الى غير تلك البلد فاشترى ضمن وكان
ذلك له وله ربحه لانه تصرف بغير امره وان لم يشتر حتى رده الى الكوفة وهي التي عينها
برئ من الضمان كالمودع اذا خالف في الوديعة ثم ترك ورجع المال مضاربة على
حاله لبقائه في يده بالعقد السابق وكذا اذا رد بعضه واشترى ببعضه في المصر كان
المردود والمشترى في المصر على المضاربة لما قلنا ثم شرط الشراء بها هاهنا وهو رواية الجامع
الصغير وفي كتاب المضاربة ضمنه بنفس الاخراج والصحيح ان بالشراء يتقرر الضمان
لزوال احتمال الرد الى المصر الذي عينه اما الضمان فوجوبه بنفس الاخراج وانما شرط
الشراء للتقرر لا لاصل الوجوب وهذا بخلاف ما اذا قال على ان يشتري في سوق
الكوفة حيث لا يصح التقييد لان المصر مع تباين اطرافه كبقعة واحدة فلا يفيد
التقييد الا اذا صرح بالنهي بان قال له اعمل في السوق ولا تعمل في غير السوق
لانه صرح بالحجر والولاية اليه ومعنى التخصيص ان يقول له اعمل به في كذا او في مكان
كذا وكذا اذا قال خذ هذا المال تعمل به في الكوفة لانه تفسير له او قال فاعمل به في الكوفة

لانه تفسير له او قال فاعمل به في الكوفة لان الفاء للوصل او قال خذه بالنصف بالكوفة لان
الباء للالصاق اما اذا قال خذ هذا المال واعمل به في الكوفة فله ان يعمل فيها وفي غيرها
لان الواو للعطف فيصير بمنزلة المشورة ولو قال على ان تشتري من فلان وتبيع منه
صح التقييد لانه مفيد لزيادة الثقة به في المعاملة بخلاف ما اذا قال على ان تشتري
بها من اهل الكوفة او دفع في الصرف على ان تشتري به من الصيارفة وتبيع منهم
فباع بالكوفة من غير اهلها او من غير الصيارفة جاز لان فائدة الاول التقييد بالمكان
وفائدة الثاني التقييد بالنوع هذا هو المراد عرفا لا فيما وراء ذلك قال وكذلك
ان وقت للمضاربة وقتا بعينه يبطل العقد بمضيه لانه توكيل فيتوقت بما وقته والتو
قيت مفيد وانه تقييد بالزمان فصار كالتقييد بالنوع والمكان قال وليس للمضارب
ان يشتري من يعتق على رب المال لقرابة او غيرها لان العقد وضع لتحصيل الربح
وذلك بالتصرف مرة بعد اخرى ولا يتحقق فيه لعتقه ولهذا لا يدخل في المضاربة شراء
ما لا يملك بالقبض كشراء الخمر والشراء بالميتة بخلاف البيع الفاسد لانه يمكنه بيعه بعد
قبضه فيتحقق المقصود قال ولو فعل صار مشتريا لنفسه دون المضاربة لان
الشراء متى وجد نفاذا على المشتري نفذ عليه كالوكيل بالشراء اذا خالف قال فان كان
في المال ربح لم يجز له ان يشتري من يعتق عليه لانه يعتق عليه نصيبه ويفسد نصيب
رب المال او يعتق على الاختلاف المعروف فيمتنع التصرف فلا يحصل المقصود وان
اشتراهم ضمن مال المضاربة لانه يصير مشتريا العبد لنفسه فيضمن بالنقد من مال المضاربة
وان لم يكن في المال ربح جاز ان يشتريهم لانه لا مانع من التصرف اذ لا شركة له فيه ليعتق
عليه فان زادت قيمتهم بعد الشراء عتق نصيبه منهم لملكه بعض قريبه ولم يضمن لرب المال
شيئا لانه لا صنع من جهته في زيادة القيمة ولا في ملكه الزيادة لان هذا شيء يثبت من
طريق الحكم كما اذا ورثه مع غيره ويسعى العبد في قيمة نصيبه منه لانه احتبست ماليته عنده
فيسعى فيه كما في الوراثة قال فان كان مع المضارب الف بالنصف فاشترى بها جارية
قيمتها الف فوطئها فجاءت بولد يساوي الفا فادعاه ثم بلغت قيمة الغلام الفا وخمسمائة
والمدعي موسر فان شاء رب المال استسعى الغلام في الف ومائتين وخمسين وان شاء اعتق
ووجه ذلك ان الدعوة صحيحة في الظاهر حملا على فراش النكاح لكنه لم ينفذ لفقد شرطه
وهو الملك لعدم ظهور الربح لان كل واحد منهما اعني الام والولد مستحق برأس المال كمال
المضاربة اذا صارت اعيانا كل عين منها يساوي رأس المال لا يظهر الربح كذا هنا فاذا زادت
قيمة الغلام الآن ظهر الربح فنفذت دعوته السابقة بخلاف ما اذا اعتق الولد ثم ازدادت
القيمة لان ذلك انشاء العتق فاذا بطل لعدم الملك لا ينفذ بعد ذلك بحدوث الملك اما هذا اخبار

فجاز ان ينفذ عند حدوث الملك كما اذا اقر بحرية عبد غيره ثم اشتراه واذا صحت الدعوة وثبت
النسب عتق الولد لقيام ملكه في بعضه ولا يضمن لرب المال شيئا من قيمة الولد لان عتقه ثبت بالنسب
والملك آخرهما ولا صنع له فيه وهذا ضمان اعتاق فلا بد من التعدي ولم يوجد وله ان يستسعي
الغلام لانه احتبست ماليته عنده وله ان يعتق لان المستسعى كالمكاتب عند ابي حنيفة ويستسعيه
في الف ومائتين وخمسين لان الالف مستحق برأس المال والخمسمائة ربح والربح بينهما فلهذا يسعى
له في هذا المقدار ثم اذا قبض رب المال الالف له ان يضمن المدعي نصف قيمة الام لان الالف
المأخوذ لما استحق برأس المال لكونه مقدما في الاستيفاء ظهر ان الجارية كلها ربح فيكون بينهما
وقد نفذت دعوة صحيحة لاحتمال الفراش الثابت بالنكاح وتوقف نفاذها لفقد الملك
فاذا ظهر الملك نفذت تلك الدعوة وصارت الجارية ام ولد له ويضمن نصيب رب المال لان هذا
ضمان تملك وضمان التملك لا يستدعي صنعا كما اذا استولد جارية بالنكاح ثم ملكها هو وغيره
وراثة يضمن نصيب شريكه كذا هذا بخلاف ضمان الولد على ما مر **باب المضارب يضارب** قال واذا دفع
المضارب المال الى غيره مضاربة ولم يأذن له رب المال لم يضمن بالدفع ولا يتصرف المضارب
الثاني حتى يربح فاذا ربح ضمن الاول لرب المال قال رضي الله عنه وهذا رواية الحسن عن ابي حنيفة
وقال ابو يوسف ومحمد اذا عمل به ضمن ربح او لم يربح وهو ظاهر الرواية وقال زفر يضمن
بالدفع عمل او لم يعمل وهو رواية عن ابي يوسف لان المملوك له الدفع على وجه الايداع وهذا
الدفع على وجه المضاربة ولهما ان الدفع ايداع حقيقة وانما يتقرر كونه للمضاربة بالعمل
فكان الحال مراعى قبله ولابي حنيفة ان الدفع قبل العمل ايداع وبعده ابضاع والفعلان
يملكهما المضارب فلا يضمن بهما الا انه اذا ربح اثبت له شركة في المال فيضمن كما لو خلطه
بغيره وهذا اذا كانت المضاربة صحيحة فان كانت فاسدة لا يضمنه الاول وان عمل الثاني لان الثاني
اجير فيه وله اجر مثله فلا تثبت الشركة به ثم ذكر في الكتاب يضمن الاول ولم يذكر الثاني
وقيل ينبغي ان لا يضمن الثاني عند ابي حنيفة وعندهما يضمن بناء على اختلافهم في مودع المودع
وقيل رب المال بالخيار ان شاء ضمن الاول وان شاء ضمن الثاني بالاجماع وهو المشهور وهذا في
عندهما ظاهر وكذا عنده ووجه الفرق له بين هذه وبين مودع المودع لان المودع الثاني
يقبضه لمنفعة الاول فلا يكون ضامنا اما المضارب الثاني يعمل فيه لنفع نفسه فجاز
ان يكون ضامنا ثم ان ضمن الاول صحت المضاربة لانه ملكه بالضمان من حين خالف بالدفع الى
غيره لا على الوجه الذي رضي به فصار كما اذا دفع مال نفسه وان ضمن الثاني رجع على الاول
بالعقد لانه عامل له كما في المودع ولانه مغرور من جهته في ضمن العقد وتصح المضاربة والربح
بينهما على ما شرطا لان قرار الضمان على الاول فكأنه ضمنه ابتداء ويطيب الربح للثاني ولا
يطيب للاعلى لان الاسفل يستحقه بعمله ولا خبث في العمل والاعلى يستحقه بملكه المستند

بالاداء

بأداء الضمان ولا يعرى عن نوع خبث قال فان دفع اليه رب المال مضاربة بالنصف واذن
له بان يدفعه الى غيره فدفعه بالثلث وقد تصرف الثاني وربح فان كان رب المال قال
على ان ما رزق الله تعالى فهو بيننا نصفان فلرب المال النصف وللمضارب الثاني
الثلث وللمضارب الاول السدس لان الدفع الى الثاني مضاربة قد صح لوجود الامر
به من جهة المالك ورب المال شرط لنفسه نصف جميع ما رزق الله فلم يبق للاول الا النصف
فينصرف تصرفه الى نصيبه وقد جعل من ذلك بقدر ثلث الجميع للثاني فيكون له فلم
يبق الا السدس ويطيب لهما ذلك لان فعل الثاني واقع للاول كمن استؤجر على
خياطة ثوب بدرهم فاستأجر غيره عليه بنصف درهم وان كان قال له على ان ما
رزقك الله فهو بيننا نصفان فللمضارب الثاني الثلث والباقي بين المضارب الاول
ورب المال نصفان لانه فوض اليه التصرف وجعل لنفسه نصف ما رزق الله الاول
وقد رزق الثلثين فيكون بينهما بخلاف الاول لانه جعل لنفسه نصف جميع الربح فافترقا
ولو كان قال له فما ربحت من شيء فبيني وبينك نصفين وقد دفع الى غيره بالنصف
فللثاني النصف والباقي بين الاول ورب المال لانه شرط لنفسه نصف ما ربح الاول ولم يربح
الا النصف فيكون بينهما ولو كان قال له على ان ما رزق الله فلي نصفه او قال له فما كان
من فضل فبيني وبينك نصفان وقد دفع الى آخر مضاربة بالنصف فلرب المال النصف
وللمضارب الثاني النصف ولا شيء للمضارب الاول لانه جعل لنفسه نصف مطلق الفضل
فينصرف شرط الاول النصف للثاني الى جميع نصيبه فيكون للثاني بالشرط ويخرج
الاول بغير شيء كمن استؤجر ليخيط ثوبا بدرهم فاستأجر غيره ليخيطه بمثله وان
شرط للمضارب الثاني ثلثي الربح فلرب المال النصف وللمضارب الثاني النصف
ويضمن المضارب الاول للمضارب الثاني سدس الربح في ماله لانه شرط للثاني شيئا
هو مستحق لرب المال فلم ينفذ في حقه لما فيه من الابطال لكن التسمية في نفسها صحيحة
لكون المسمى معلوما في عقد يملكه وقد ضمن له السلامة فيلزمه الوفاء به ولانه غره في
ضمن العقد وهو سبب الرجوع فلهذا يرجع عليه وهو نظير من استؤجر لخياطة ثوب بدرهم
فدفعه الى من يخيطه بدرهم ونصف **فصل** واذا شرط المضارب لرب المال
ثلث الربح ولعبد رب المال ثلث الربح على ان يعمل معه ولنفسه ثلث الربح فهو جائز
لان للعبد يدا معتبرة خصوصا اذا كان مأذونا له واشتراط العمل اذن له ولهذا
لا يكون للمولى ولاية اخذ ما اودعه العبد وان كان محجورا عليه ولهذا يجوز بيع المولى
من عبده المأذون واذا كان كذلك لم يكن مانعا من التسليم على ما مر والتخلية
بين المال والمضارب بخلاف اشتراط العمل على رب المال لانه مانع من التسليم على ما مر

واذا صحت المضاربة يكون الثلث للمضارب بالشرط والثلثان للمولى لان كسب العبد للمولى اذا
لم يكن عليه دين وان كان عليه دين فهو للغرماء وهذا اذا كان العاقد هو المولى ولو عقد العبد
المأذون عقد المضاربة مع اجنبي وشرط العمل على المولى لا يصح ان لم يكن عليه دين لان هذا
اشتراط العمل على المالك وان كان على العبد دين صح عند ابي حنيفة لان المولى بمنزلة الاجنبي
عنده على ما عرف فصل في العزل والقسمة واذا مات رب المال او المضارب بطلت المضاربة
لانه توكيل على ما تقدم وموت الموكل يبطل الوكالة وكذا موت الوكيل ولا يورث
الوكالة وان ارتد رب المال عن الاسلام ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة لان اللحوق
بمنزلة الموت الا ترى انه كيف يقسم ماله بين ورثته وقبل لحوقه يتوقف تصرف مضاربه عند
ابي حنيفة لانه يتصرف له فصار كتصرفه بنفسه ولو كان المضارب هو المرتد فالمضاربة على
حالها لان له عبارة صحيحة ولا توقف في ملك رب المال فبقيت المضاربة قال فان
عزل رب المال المضارب ولم يعلم بعزله حتى اشترى وباع فتصرفه جائز لانه وكيل من جهته
وعزل الوكيل قصدا يتوقف على علمه وان علم بعزله والمال عروض فله ان يبيعها ولا يمنعه العزل
من ذلك لان حقه قد ثبت في الربح وانما يظهر بالقسمة وهي تبتني على راس المال وانما ينض
بالبيع قال ثم لا يجوز ان يشتري بثمنها شيئا آخر لان العزل انما لم يعمل ضرورة معرفة
راس المال وقد اندفعت حيث صار نقدا فيعمل العزل فان عزله وراس المال دراهم او دنانير
وقد نضت لم يجز له ان يتصرف فيها لانه ليس في اعمال عزله ابطال حقه في الربح فلا ضرورة
قال رضي الله عنه وهذا الذي ذكره اذا كان من جنس راس المال فان لم يكن بان كان دراهم
وراس المال دنانير او على القلب له ان يبيعها بجنس راس المال استحسانا لان الربح لا يظهر
الا به وصار كالعروض وعلى هذا موت رب المال في بيع العروض ونحوها قال واذا
افترقا وفي المال ديون وقد ربح المضارب فيه اجبره الحاكم على اقتضاء الديون لانه بمنزلة
الاجير لان الربح كالاجر له وان لم يكن له ربح لم يلزمه الاقتضاء لانه وكيل محض والمتبرع
لا يجبر على ايفاء ما تبرع به ويقال له وكل رب المال في الاقتضاء لان حقوق العقد الى العاقد
فلا بد من توكيله وتوكله كيلا يضيع حقه قال رضي الله عنه وفي الجامع الصغير يقال له احل
مكان قوله وكل والمراد منه الوكالة وعلى هذا سائر الوكالات والبياعات والسماسرة
يجبران على التقاضي لانهما يعملان باجر عادة قال وما هلك من مال المضاربة فهو
من الربح دون راس المال لان الربح تابع وصرف الهلاك الى ما هو التبع اولى كما يصرف الهلاك
الى العفو في الزكوة فان زاد الهالك على الربح فلا ضمان على المضارب لانه امين وان كانا
اقتسما الربح والمضاربة بحالها ثم هلك المال بعضه او كله ترادا الربح حتى يستوفي رب المال
راس المال لان قسمة الربح لا تصح قبل استيفاء راس المال لانه هو الاصل وهذا بناء عليه وتبع

فاذا هلك ما في يد المضارب امانة تبين ان ما استوفاه من راس المال فيضمن المضارب ما استوفاه
لانه اخذه لنفسه وما اخذه رب المال محسوب من راس ماله واذا استوفى راس المال فان
فضل شيء كان بينهما لانه ربح وان نقص فلا ضمان على المضارب لما بينا ولو اقتسما الربح
وفسخا المضاربة ثم عقداها فهلك المال لم يترادا الربح الاول لان المضاربة الاولى
قد انتهت والثانية عقد جديد فهلاك المال في الثاني لا يوجب انتقاض الاول كما اذا
دفع اليه مالا آخر فصل فيما يفعله المضارب قال ويجوز للمضارب ان يبيع بالنقد
والنسيئة لان كل ذلك من صنيع التجار فينتظمه اطلاق العقد الا اذا باع الى اجل لا يبيع
التجار اليه لان له الامر العام المعروف بين الناس ولهذا كان له ان يشتري دابة للركوب
وله ان يستكريها اعتبارا للعادة وله ان ياذن لعبد المضاربة في التجارة في الرواية
المشهورة لانه من صنيع التجار ولو باع ثم اخر الثمن جاز بالاجماع اما عندهما فلان الوكيل
يملك ذلك فالمضارب اولى الا ان المضارب لا يضمن لان له ان يقايل ثم يبيع نسيئة
ولا كذلك الوكيل لانه لا يملك ذلك واما عند ابي يوسف فلانه يملك الاقالة ثم البيع
بالنساء بخلاف الوكيل لانه لا يملك الاقالة ولو احتال بالثمن على الايسر او الاعسر
جاز لان الحوالة من عادة التجار بخلاف الوصي يحتال بمال اليتيم حيث يعتبر فيه الانظر
لان تصرفه مقيد بشرط النظر والاصل ان ما يفعله المضارب ثلاثة انواع نوع يملكه
بمطلق المضاربة وهو ما يكون من باب المضاربة وتوابعها وهو ما ذكرنا ومن جملته
التوكيل بالبيع والشرا للحاجة اليه والرهن والارتهان لانه ايفاء واستيفاء والاجارة
والاستيجار والابضاع والايداع والمسافرة على ما ذكرنا من قبل ونوع لا يملكه بمطلق العقد
ويملكه اذا قيل له اعمل برايك وهو ما يحتمل ان يلحق به فيلحق عند وجود الدلالة وذلك
مثل دفع المال مضاربة او شركة الى غيره وخلط مال المضاربة بماله او بمال غيره لان رب المال
رضي بشركته لا بشركة غيره وهو امر عارض لا يتوقف عليه التجارة فلا يدخل تحت مطلق
العقد ولكنه جهة في التثمير فمن هذا الوجه يوافقه فيدخل فيه عند وجود الدلالة
وقوله اعمل برايك دلالة على ذلك الا ان ينص عليه رب المال وهو الاستدانة
وهو ان يشتري بالدراهم والدنانير بعدما اشترى براس المال السلعة وما اشبه
ذلك لانه يصير المال زائدا على ما انعقد عليه المضاربة ولا يرضى به ولا بشغل ذمته بالدين
ولو اذن له رب المال في الاستدانة صار المشترى بينهما نصفين بمنزلة شركة الوجوه واخذ
السفاتج لانه نوع من الاستدانة وكذا اعطاؤها لانه اقراض والعتق بمال وبغير مال
والكتابة لانه ليس بتجارة والاقراض والهبة والصدقة لانه تبرع محض قال ولا يزوج

عبدا ولا امة من مال المضاربة وعن ابي يوسف انه يزوج الامة لانه من باب الاكتساب
الا ترى انه يستفيد به المهر وسقوط النفقة ولهما انه ليس بتجارة والعقد لا يتضمن
الا التوكيل بالتجارة وصار كالكتابة والاعتاق على مال فانه اكتساب ولكن لما لم يكن
تجارة لا يدخل تحت المضاربة فكذا هذا قال فان دفع شيا من مال المضاربة الى رب المال
بضاعة فاشترى رب المال وباع فهو على المضاربة وقال زفر تفسد المضاربة لان رب
المال متصرف في مال نفسه فلا يصلح وكيلا فيه فيصير مستردا ولهذا لا يصح اذا شرط العمل
عليه ابتداء ولنا ان التخلية قد تمت فصار التصرف حقا للمضارب فيصلح رب المال
وكيلا عنه في التصرف والابضاع توكيل منه فلا يكون استردادا بخلاف شرط العمل عليه في
الابتداء لانه يمنع التخلية وبخلاف ما اذا دفع المال الى رب المال مضاربة حيث لا يصح لان
المضاربة تنعقد شركة على مال رب المال وعمل المضارب ولا مال ههنا فلو جوزناه
يودي الى قلب الموضوع واذا لم يصح بقي عمل رب المال بامر المضارب فلا تبطل به
المضاربة الاولى قال واذا عمل المضارب في المصر فليست نفقته في المال وان
سافر فطعامه وشرابه وكسوته وركوبه ومعناه شراء وكراء في المال ووجه الفرق
هو ان النفقة تجب بازاء الاحتباس كنفقة القاضي ونفقة المراة والمضارب في المصر
ساكن بالسكنى الاصلي واذا سافر صار محبوسا بالمضاربة فيستحق النفقة فيه وهذا بخلاف
الاجير لانه يستحق البدل لا محالة فلا يتضرر بالانفاق من ماله اما المضارب فليس
له الا الربح وهو في حيز التردد فلو انفق من ماله يتضرر به بخلاف المضاربة الفاسدة لانه
اجير وبخلاف البضاعة لانه متبرع قال فلو بقي في يده شي بعدما قدم مصره رده
في المضاربة لانتهاء الاستحقاق ولو كان خروجه دون السفر فان كان بحيث يغدو ثم
يروح فيبيت باهله فهو بمنزلة السوقي في المصر وان كان بحيث لا يبيت باهله فنفقته
في مال المضاربة لان خروجه للمضاربة والنفقة هي ما تصرف الى الحاجة الراتبة وهو ما ذكرنا
ومن ذلك غسل ثيابه واجرة اجير يخدمه وعلف دابة يركبها والدهن في موضع يحتاج
اليه عادة كالحجاز وانما يطلق في جميع ذلك بالمعروف حتى يضمن الفضل ان جاوزه اعتبارا
للمتعارف فيما بين التجار قال اما الدواء ففي ماله في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة
انه يدخل في النفقة لانه لاصلاح بدنه ولا يتمكن من التجارة الا به فصار كالنفقة وجه
الظاهر ان الحاجة الى النفقة معلومة الوقوع والى الدواء بعارض المرض ولهذا كانت
نفقة المراة على الزوج ودواها في مالها قال واذا ربح اخذ رب المال ما انفق من
راس المال فان باع المتاع مرابحة حسب ما انفق على المتاع من الحملان ونحوه ولا يحتسب ما
انفق على نفسه لان العرف جار بالحاق الاول دون الثاني ولان الاول يوجب زيادة في
المالية بزيادة القيمة والثاني لا يوجبها قال فان كان معه الف فاشترى بها ثيابا

فقصرها

فقصرها او حملها بمائة من عنده وقد قيل له اعمل برايك فهو متطوع لانه استدانة على رب المال
فلا ينتظمه هذا المقال على ما مر وان صبغها احمر فهو شريك بما زاد الصبغ فيه ولا يضمن لانه عين مال
قائم به حتى اذا بيع كان له حصة الصبغ وحصة الثوب الابيض على المضاربة بخلاف القصارة
والحمل لانه ليس بعين مال قائم به ولهذا اذا فعله الغاصب ضاع ولا يضيع اذا صبغ
المغصوب واذا صار شريكا بالصبغ انتظمه قوله اعمل برايك انتظام الخلطة فلا يضمنه
فصل آخر فان كان معه الف بالنصف فاشترى بها بزا او باعه بالفين واشترى بالالفين
عبدا فلم ينقدهما حتى ضاعا يغرم رب المال الفا وخمسماية والمضارب خمسماية ويكون ربع
العبد للمضارب وثلاثة ارباعه على المضاربة قال رضي الله عنه هذا الذي ذكره
حاصل الجواب لان الثمن كله على المضارب اذ هو العاقد الا ان له حق الرجوع على رب المال
بالف وخمسماية على ما نبين فيكون عليه في الاخرة ووجهه انه لما نض المال ظهر الربح وهو
خمسماية فاذا اشترى بالالفين عبدا صار مشتريا ربعه لنفسه وثلاثة ارباعه للمضاربة
على حسب انقسام الالفين واذا ضاعت الالفان وجب عليه الثمن لما بينا وله الرجوع بثلاثة
ارباع الثمن على رب المال لانه وكيل من جهته ويخرج نصيب المضارب وهو الربع من
المضاربة لانه مضمون عليه ومال المضاربة امانة وبينهما منافاة ويبقى ثلاثة ارباع
العبد على المضاربة لانه ليس فيه ما ينافي المضاربة ويكون راس المال الفين وخمسماية
لانه دفع مرة الفا ومرة الفا وخمسماية ولا يبيعه مرابحة الا على الفين لانه اشتراه
بالفين ويظهر ذلك فيما اذا بيع العبد باربعة الاف ففي حصة المضاربة ثلاثة الاف
يرفع راس المال ويبقى خمسماية ربح بينهما قال وان كان معه الف فاشترى رب المال
عبدا بخمسماية وباعه اياه بالف يبيعه مرابحة على خمسماية لان هذا البيع مقضي بجوازه
لتغاير المقاصد دفعا للحاجة وان كان بيع ملكه بملكه الا ان فيه شبهة العدم ومبنى
المرابحة على الامانة والاحتراز عن شبهة الخيانة فاعتبر اقل الثمنين ولو اشترى
المضارب عبدا بالف وباعه من رب المال بالف ومايتين باعه مرابحة بالف وماية
لانه اعتبر عدما في حق نصف الربح وهو نصيب رب المال وقد مر في البيوع قال
وان كان معه الف بالنصف فاشترى بها عبدا قيمته الفان فقتل العبد رجل خطا
فثلاثة ارباع الفداء على رب المال وربعه على المضارب لان الفداء مونة الملك فيتقدر
بقدر الملك وقد كان الملك بينهما ارباعا لانه لما صار المال عينا واحدا ظهر الربح وهو
الف بينهما والف لرب المال براس ماله لان قيمته الفان واذا فديا خرج العبد عن المضاربة
نصيب المضارب لما بيناه ونصيب رب المال لقضاء القاضي بانقسام الفداء عليهما لما انه
يتضمن قسمة العبد بينهما والمضاربة تنتهي بالقسمة بخلاف ما تقدم لان جميع الثمن فيه على

المضارب وان كان له حق الرجوع فلا حاجة الى القسمة ولان العين كالزائل عن ملكهما بالجناية
ودفع الفداء كابتداء الشراء فيكون العبد بينهما ارباعا لا على المضاربة يخدم المضارب يوما
ورب المال ثلاثة ايام بخلاف المتقدم قال وان كان معه الف فاشترى به عبدا
فلم ينقدها حتى هلكت يدفع رب المال ذلك الثمن ورأس المال جميع ما يدفع لان المال
امانة في يده ولا يصير مستوفيا الا بقبض مضمون وحكم الامانة ينافيه فيرجع مرة بعد اخرى
بخلاف الوكيل اذا كان الثمن مدفوعا اليه قبل الشراء وهلك بعد الشراء حيث لا يرجع الا
مرة لانه امكن جعله مستوفيا لان الوكالة تجامع الضمان كالغاصب اذا توكل ببيع المغصوب
ثم في الوكالة في هذه الصورة يرجع مرة وفيما اذا اشترى ثم دفع الموكل اليه المال فهلك
لا يرجع لانه ثبت له حق الرجوع بنفس الشراء فجعل مستوفيا بالقبض بعده اما المدفوع
اليه قبل الشراء امانة في يده وهو قائم على الامانة بعده فلم يصر مستوفيا فاذا هلك
يرجع عليه مرة ثم لا يرجع لوقوع الاستيفاء على ما مر فصل في الاختلاف قال وان
كان مع المضارب الفان فقال دفعت الي الفا وربحت الفا وقال رب المال لا بل
دفعت اليك الفين فالقول قول المضارب وكان ابو حنيفة يقول اولا القول قول
رب المال وهو قول زفر لان المضارب يدعي عليه الشركة في الربح وهو ينكر والقول
قول المنكر ثم رجع الى ما ذكر في الكتاب لان الاختلاف في الحقيقة في مقدار المقبوض
وفي مثله القول قول القابض ضمينا كان او امينا لانه اعرف بمقدار المقبوض ولو اختلفا
مع ذلك في مقدار الربح فالقول فيه لرب المال لان الربح يستحق بالشرط وهو يستفاد
من جهته وايهما اقام البينة على ما ادعى من فضل قبلت لان البينات للاثبات قال
ومن كان معه الف درهم فقال هي مضاربة لفلان بالنصف وقد ربح الفا وقال
فلان هي بضاعة فالقول قول رب المال لان المضارب يدعي عليه تقويم عمله او شرطا
من جهته او يدعي الشركة وهو ينكر ولو قال المضارب اقرضتني وقال رب المال هو
بضاعة او وديعة فالقول لرب المال والبينة بينة المضارب لان المضارب يدعي
عليه التملك وهو ينكر ولو ادعى رب المال المضاربة في نوع وقال الاخر ما سميت لي تجارة
بعينها فالقول للمضارب لان الاصل فيها العموم والاطلاق والتخصيص يعارض الشرط
بخلاف الوكالة لان الاصل فيها الخصوص ولو ادعى كل واحد منهما نوعا فالقول لرب المال
لانهما اتفقا على التخصيص والاذن يستفاد من جهته والبينة بينة المضارب لحاجته
الى نفي الضمان وعدم حاجة الاخر الى البينة ولو وقتت البينتان فصاحب الوقت
الاخير اولى لان اخر الشرطين ينقض الاول كتاب الوديعة قال الوديعة
امانة في يد المودع اذا هلكت لم يضمنها لقوله عليه السلام ليس على المستعير غير المغل

ضمان ولان بالناس حاجة الى الاستيداع فلو ضمناه يمتنع الناس عن قبول الودائع
فيتعطل مصالحهم قال وللمودع ان يحفظها بنفسه وبمن في عياله لان الظاهر انه
يلتزم حفظ مال الغير على الوجه الذي يحفظ مال نفسه ولانه لا يجد بدا من الدفع الى
عياله لانه لا يمكنه ملازمة بيته ولا استصحاب الوديعة في خروجه فكان المالك
راضيا به فان حفظها بغيرهم او اودعها غيرهم ضمن لان المالك رضي بيده لا بيد
غيره والايدي تختلف في الامانة ولان الشيء لا يتضمن مثله كالوكيل لا يوكل غيره
والوضع في حرز غيره ايداع الا اذا استاجر الحرز فيكون حافظا بحرز نفسه قال الا
ان يقع في داره حريق فيلقيها الى نقصه سفينة اخرى لانه تعين طريقا للحفظ في هذه
الحالة فيرتضيه المالك به ولا يصدق على ذلك الا ببينة لانه يدعي ضرورة مسقطة
للضمان بعد تحقق السبب فصار كما اذا ادعى الاذن في الايداع قال فان طلبها
صاحبها فحبسها عنه وهو يقدر على تسليمها ضمنها لانه متعد بالمنع وهذا لانه لما طالبه
لم يكن راضيا بامساكه بعده فيضمنه بحبسه عنه قال وان خلطها المودع بماله
حتى لا تتميز ضمنها ثم لا سبيل للمودع عليها عند ابي حنيفة وقالا اذا خلطها بجنسها
شركه ان شاء مثل ان يخلط الدراهم البيض بالبيض والسود بالسود والحنطة
بالحنطة والشعير بالشعير لهما انه لا يمكنه الوصول الى عين حقه صورة وامكنه
معنى بالقسمة فكان استهلاكا من وجه دون وجه فيميل الى ايهما شاء وله انه
استهلاك من كل وجه لانه فعل يتعذر معه الوصول الى عين حقه ولا معتبر بالقسمة
لانها من موجبات الشركة فلا يصلح موجبة لها ولو ابرأ الخالط لا سبيل له على
المخلوط عند ابي حنيفة لانه لا حق له الا في الدين وقد سقط وعندهما بالابراء يسقط
خيرة الضمان فيتعين الشركة في المخلوط وخلط الخل بالزيت وكل مائع بغير جنسه
يوجب انقطاع حق المالك الى الضمان وهذا بالاجماع لانه استهلاك صورة
وكذا معنى لتعذر القسمة باعتبار اختلاف الجنس ومن هذا القبيل خلط الحنطة
بالشعير في الصحيح لان احدهما لا يخلو عن حبات الاخر فيتعذر التمييز والقسمة ولو
خلط المائع بجنسه فعند ابي حنيفة ينقطع حق المالك الى الضمان لما ذكرنا وعند ابي يوسف
يجعل الاقل تابعا للاكثر اعتبارا للغالب اجزاء وعند محمد شركة بكل حال لان الجنس
لا يغلب الجنس عنده على ما مر في الرضاع ونظيره خلط الدراهم بمثلها اذابة لانه يصير
مائعا بالاذابة قال وان اختلطت بماله من غير فعله فهو شريك لصاحبها كما اذا
انشق الكيسان فاختلطا لانه لا يضمنها لعدم الصنع منه فيشتركان وهذا بالاتفاق
قال فان انفق المودع بعضها ثم رد مثله فخلطه بالباقي ضمن الجميع لانه خلط مال غيره

بماله فيكون استهلاكا على الوجه الذي تقدم قال واذا تعدى المودع في الوديعة
بان كانت دابة فركبها او ثوبا فلبسه او عبدا فاستخدمه او اودعها غيره ثم ازال
التعدي فردها الى يده زال الضمان وقال الشافعي لا يبرأ عن الضمان لان عقد الوديعة
ارتفع حين صار ضامنا للمنافاة فلا يبرأ الا بالرد على المالك ولنا ان الامر باق
لاطلاقه وارتفاع حكم العقد ضرورة ثبوت نقيضه فاذا ارتفع عاد حكم العقد
كما اذا استاجره للحفظ شهرا فترك الحفظ في بعضه ثم حفظ في الباقي فحصل الرد
الى نائب المالك قال فان طلبها صاحبها فجحدها فان عاد الى الاعتراف لم يبرأ عن
الضمان لارتفاع العقد اذ المطالبة بالرد رفع من جهته والجحود فسخ من جهة المودع
كجحود الوكيل الوكالة وجحود احد المتعاقدين البيع فتم الرفع او لان المودع ينفرد
بعزل نفسه بمحضر من المستودع كالوكيل يملك عزل نفسه بحضرة الموكل فاذا
ارتفع لا يعود الا بالتجديد فلم يوجد الرد الى نائب المالك بخلاف الخلاف ثم العود
الى الوفاق ولو جحدها عند غير صاحبها لا يضمنها عند ابي يوسف خلافا لزفر لان
الجحود عند غيره من باب الحفظ لان فيه قطع طمع الطامعين ولانه لا يملك عزل
نفسه بغير محضر منه او طلبه فبقي الامر بخلاف ما اذا كان بحضرته قال وللمودع
ان يسافر بالوديعة وان كان لها حمل ومؤنة وقالا ليس له ذلك اذا كان لها حمل ومؤنة
وقال الشافعي ليس له ذلك في الوجهين لابي حنيفة اطلاق الامر والمفازة محل
للحفظ اذا كان الطريق آمنا ولهذا يملكه الاب والوصي في مال الصبي ولهما
انه يلزمه مؤنة الرد فيما له حمل ومؤنة فالظاهر انه لا يرضى به فيتقيد والشافعي
يقيده بالحفظ المتعارف وهو الحفظ في الامصار وصار كالاستحفاظ قلنا
مؤنة الرد تلزمه في ملكه ضرورة امتثال امره فلا يبالي به والمعتاد كونهم في المصر لا حفظهم
ومن يكون في المفازة يحفظ ماله فيها بخلاف الاستحفاظ باجر لانه عقد معاوضة
فيقتضي التسليم في مكان العقد واذا نهاه المودع ان يخرج بالوديعة فخرج بها
ضمن لان التقييد مفيد اذ الحفظ في المصر ابلغ فكان صحيحا قال واذا اودع رجلان
عند رجل وديعة فحضر احدهما يطلب نصيبه لم يدفع اليه حتى يحضر الآخر عند ابي حنيفة
وقالا يدفع اليه نصيبه وفي الجامع الصغير ثلاثة استودعوا رجلا الف درهم فغاب
اثنان فليس للحاضر ان ياخذ نصيبه عنده وقالا له ذلك والخلاف في المكيل والموزون
وهو المراد بالمذكور في المختصر لهما انه طالبه بدفع نصيبه فيؤمر بالدفع اليه كما في الدين
المشترك وهذا لانه يطالبه بتسليم ما سلم اليه وهو النصف ولهذا كان له ان ياخذه
وكذا هو يؤمر بالدفع اليه ولابي حنيفة انه طالبه بدفع نصيب الغائب لانه يطالبه بالمفرز

وحقه

وحقه في الشائع والمفرز المعين يشتمل على الحقين ولا يتميز حقه الا بالقسمة وليس للمودع
ولاية القسمة ولهذا لا يقع دفعه قسمة بالاجماع بخلاف الدين المشترك لانه يطالبه
بتسليم حقه لان الديون تقضى بامثالها قوله له ان ياخذه قلنا ليس من ضرورته
ان يجبر المودع على الدفع كما اذا كانت الف درهم وديعة عند انسان وعليه الف لغيره
فلغريمه ان ياخذه اذا ظفر به وليس للمودع ان يدفعه اليه قال واذا اودع رجل عند
رجلين شيئا مما يقسم لم يجز ان يدفعه احدهما الى الآخر ولكنهما يقتسمانه فيحفظ كل
واحد منهما نصفه وان كان مما لا يقسم جاز ان يحفظه احدهما باذن الآخر وهذا عند
ابي حنيفة وكذلك الجواب في المرتهنين والوكيلين بالشراء اذا سلم احدهما الى الآخر
وقالا لاحدهما ان يحفظ باذن الآخر في الوجهين لهما انه رضي بامانتهما
فكان لكل واحد منهما ان يسلم الى الآخر ولا يضمنه كما فيما لا يقسم وله انه رضي
بحفظهما ولم يرض بحفظ احدهما كله لان الفعل اذا اضيف الى ما يقبل الوصف
بالتجزي تناول البعض دون الكل فوقع التسليم الى الآخر من غير رضا المالك فيضمن
الدافع ولا يضمن القابض لان مودع المودع عنده لا يضمن وهذا بخلاف ما لا يقسم
لانه لما اودعهما ولا يمكنهما الاجتماع عليه آناء الليل والنهار وامكنهما المهاياة كان
المالك راضيا بدفع الكل الى احدهما في بعض الاحوال قال فاذا قال صاحب الوديعة
للمودع لا تسلمها الى زوجتك فسلمها اليها لا يضمن وفي الجامع الصغير اذا نهاه ان
يدفعها الى احد من عياله فدفعها الى من لا بد له منه لم يضمن كما اذا كانت الوديعة
دابة فنهاه عن الدفع الى غلامه وكما اذا كانت شيئا يحفظ على يد النساء فنهاه عن الدفع
الى امراته وهو محمل الاول لانه لا يمكن اقامة العمل مع مراعاة هذا الشرط وان كان مفيدا
فيلغو وان كان له منه بد ضمن لان الشرط مفيد فان من العيال من لا يؤتمن على المال
وقد امكن العمل به مع مراعاة هذا الشرط فاعتبر وان قال احفظها في هذا البيت
فحفظها في بيت آخر من الدار لم يضمن لان الشرط غير مفيد فان البيتين في دار واحدة
لا يتفاوتان في الحرز فان حفظها في دار اخرى ضمن لان الدارين يتفاوتان في الحرز
فكان مفيدا فيصح التقييد ولو كان التفاوت بين البيتين ظاهرا بان كانت الدار
التي فيها البيتان عظيمة والبيت الذي نهاه عن الحفظ فيه عورة ظاهرة صح الشرط
قال ومن اودع رجلا وديعة فاودعها آخر فهلكت فله ان يضمن الاول وليس له
ان يضمن الآخر وهذا عند ابي حنيفة وقالا له ان يضمن ايهما شاء فان ضمن الآخر رجع على
الاول لهما انه قبض المال ممن يضمنه فيضمنه كمودع الغاصب وهذا لان
المالك لم يرض بامانة غيره فيكون الاول متعديا بالتسليم والثاني بالقبض

فيتخير بينهما عنده أنه إن ضمن الأول لم يرجع على الثاني لأنه ملكه بالضمان فظهر أنه أودع ملك
نفسه وإن ضمن الثاني رجع على الأول لأنه عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة و
أنه قبض المال من يد أمين لأنه بالدفع لا يضمنها ما لم يفارقه لحضور رأيه فلا تعدي
منهما فإذا فارقه فقد ترك الحفظ الملتزم فيضمنه بذلك أما الثاني فيستمر على الحالة
الأولى لم يوجد منه صنع فلا يضمنه كالريح إذا ألقت في حجره ثوب غيره قال ومن
كان في يده ألف فادعاها رجلان كل واحد منهما أنها له أودعها إياه وأبى أن يحلف
لهما فالألف لهما وعليه ألف آخر بينهما وشرح ذلك أن دعوى كل واحد صحيحة
لاحتمالها الصدق فيستحق الحلف على المنكر بالحديث ويحلف لكل واحد على الانفراد
لتغاير الحقين وبأيهما بدأ القاضي جاز لتعذر الجمع بينهما وعدم الأولوية ولو تشاحا
أقرع بينهما تطييبا لقلبهما ونفيا لتهمة الميل ثم إن حلف لأحدهما يحلف للثاني فإن
حلف فلا شيء لهما لعدم الحجة وإن نكل أعني للثاني يقضى له لوجود الحجة فإن نكل للأول
يحلف للثاني ولا يقضي بالنكول بخلاف ما إذا أقر لأحدهما لأن الإقرار حجة موجبة
بنفسه فيقضي به أما النكول إنما يصير حجة عند القضاء فجاز أن يؤخر ليحلف للثاني
فينكشف وجه القضاء ولو نكل للثاني أيضا يقضي بينهما نصفين على ما ذكر في الكتاب
لاستوائهما في الحجة كما إذا أقاما البينة ويغرم ألفا آخر بينهما لأنه أوجب الحق
لكل واحد منهما ببذله أو بإقراره وذلك حجة في حقه وبالصرف إليهما صار قاضيا نصف
حق كل واحد بنصف الآخر فيغرمه فلو قضى القاضي للأول حين نكل ذكر الإمام علي
البزدوي في شرح الجامع الصغير أنه يحلف للثاني فإذا نكل يقضي بينهما لأن القضاء
للأول لا يبطل حق الثاني لأنه يتقدمه إما بنفسه أو بالقرعة وكذلك لا يبطل حق
الثاني وذكر الخصاف أنه نفذ قضاؤه للأول ووضع المسألة في العبد وإنما نفذ
لمصادفته محل الاجتهاد لأن من العلماء من قال يقضي للأول ولا ينتظر لكونه إقرارا
دلالة ثم لا يحلف للثاني ما هذا العبد لي لأن نكوله لا يفيد بعد ما صار للأول
وهل يحلفه بالله ما لهذا عليك هذا العبد ولا قيمته وهو كذا وكذا ولا أقل منه
قال ينبغي أن يحلفه عند محمد خلافا لأبي يوسف بناء على أن المودع إذا أقر بالوديعة
ودفع بالقضاء لغيره يضمنه عند محمد خلافا له وهذه فريعة تلك المسألة وقد
وقع فيها بعض الإطناب **كتاب العارية** قال العارية جائزة لأنها نوع
إحسان فقد استعار النبي عليه السلام دروعا من صفوان وهي تمليك المنافع بغير
عوض وكان الكرخي يقول هو إباحة الانتفاع بملك الغير لأنه ينعقد بلفظة الإباحة و
لا يشترط فيه ضرب المدة ومع الجهالة لا يصح التمليك وكذلك يعمل فيها النهي ولا يملك

كتاب العارية

الإجارة من غيره ونحن نقول إنه ينبئ عن التمليك فإن العارية من العرية وهي العطية
ولهذا ينعقد بلفظة التمليك والمنافع قابلة للملك كالأعيان والتمليك نوعان
بعوض وبغير عوض ثم الأعيان تقبل النوعين فكذا المنافع والجامع دفع الحاجة ولفظة
الإباحة استعيرت للتمليك كما في الإجارة فإنها تنعقد بلفظة الإباحة وهي تمليك
والجهالة لا تفضي إلى المنازعة لعدم اللزوم فلا تكون ضارة ولأن الملك يثبت بالقبض
وهو الانتفاع وعند ذلك لا جهالة والنهي منع عن التحصيل فلا يتحصل المنافع على
ملكه ولا يملك الإجارة لدفع زيادة الضرر على ما نذكره إن شاء الله تعالى قال وتصح
بقوله أعرتك لأنه صريح فيه وأطعمتك هذه الأرض لأنه مستعمل فيه ومنحتك هذا الثوب
وحملتك على هذه الدابة إذا لم يرد به الهبة لأنهما لتمليك العين وعند عدم إرادة
الهبة يحمل على تمليك المنافع تجوزا قال وأخدمتك هذا العبد لأنه أذن له في
استخدامه وداري لك سكنى لأن معناه سكناها لك وداري لك عمري سكنى لأنه
جعل سكناها له مدة عمره وجعل قوله سكنى تفسيرا لقوله لك لأنه يحتمل تمليك المنافع
فحمل عليه بدلالة آخره قال وللمعير أن يرجع في العارية متى شاء لقوله عليه السلام
المنحة مردودة والعارية مؤداة ولأن المنافع تملك شيئا فشيئا على حسب حدوثها فالتمليك
فيما لم يوجد لم يتصل به القبض فيصح الرجوع عنه قال والعارية أمانة إن هلكت
من غير تعد لم يضمن وقال الشافعي يضمن لأنه قبض مال الغير لنفسه لا عن استحقاق
فيضمنه والإذن ثبت ضرورة الانتفاع فلا يظهر فيما وراءه ولهذا كان واجب
الرد وصار كالمقبوض على سوم الشراء ولنا أن اللفظ لا ينبئ عن التزام الضمان
لأنه لتمليك المنافع بغير عوض أو لإباحتها والقبض لم يقع تعديا لكونه مأذونا فيه
والإذن وإن ثبت لأجل الانتفاع فهو ما قبضه إلا للانتفاع فلم يقع تعديا
وإنما وجب الرد مؤنة كنفقة المستعار فإنها على المستعير لا لنقض القبض والمقبوض
على سوم الشراء مضمون بالعقد لأن الأخذ في العقد له حكم العقد على ما عرف في موضعه
قال وليس للمستعير أن يؤاجر ما استعاره فإن آجره فعطب ضمن لأن الإعارة دون الإجارة
والشيء لا يتضمن ما هو فوقه ولأنا لو صححناه لا يصح إلا لازما لأنه حينئذ يكون بتسليط
من المعير وفي وقوعه لازما زيادة ضرر بالمعير لسد باب الاسترداد إلى انقضاء مدة
الإجارة فأبطلناه وضمنه حين سلمه لأنه إذا لم يجز ولم تبق العارية كان متعديا وإن شاء
المعير ضمن المستأجر لأنه قبضه بغير إذن المالك لنفسه ثم إن ضمن المستعير لا يرجع على المستأجر
لأنه ظهر أنه آجر ملك نفسه وإن ضمن المستأجر يرجع على المؤجر إذا لم يعلم أنه كان عارية
في يده دفعا لضرر الغرور بخلاف ما إذا علم قال وله أن يعيره إذا كان لا يختلف

باختلاف المستعمل وقال الشافعي ليس له ان يعيره لانه اباحة المنافع على ما بينا من قبل والمباح
له لا يملك الاباحة وهذا لان المنافع غير قابلة للملك لكونها معدومة وانما جعلناها موجودة
في الاجارة لضرورة وقد اندفعت الضرورة بالاباحة ههنا ونحن نقول هو تمليك
المنافع على ما ذكرنا فيملك الاعارة كالموصى له بالخدمة والمنافع اعتبرت قابلة للملك في
الاجارة فيجعل كذلك في الاعارة دفعا للحاجة وانما لا يجوز فيما يختلف باختلاف المستعمل
دفعا لمزيد الضرر عن المعير لانه رضي باستعماله لا باستعمال غيره قال وهذا اذا صدرت
الاعارة مطلقة وهو على اربعة اوجه احدها ان يكون مطلقة في الوقت والانتفاع
وللمستعير فيه ان ينتفع به اي نوع شاء في اي وقت شاء عملا بالاطلاق والثاني ان يكون
مقيدة فيهما وليس له ان يجاوز فيه ما سماه عملا بالتقييد الا اذا كان خلافا الى مثل ذلك
او خير منه والحنطة مثل الحنطة والثالث ان يكون مقيدة في حق الوقت مطلقة في
حق الانتفاع والرابع عكسه وليس له ان يتعدى ما سماه فلو استعار دابة ولم يسم
شيئا له ان يحمله ويعير غيره للحمل لان الحمل لا يتفاوت وله ان يركبه ويركب غيره وان كان
الركوب مختلفا لانه لما اطلق فله ان يعين حتى لو ركب بنفسه ليس له ان يركب غيره لانه تعين
ركوبه ولو اركب غيره ليس له ان يركبه حتى لو فعله ضمنه لانه تعين الاركاب قال
وعارية الدراهم والدنانير والمكيل والموزون والمعدود قرض لان الاعارة تمليك
المنافع ولا يمكن الانتفاع بها الا باستهلاك عينها فاقتضى تمليك العين ضرورة وذلك
بالهبة او القرض والقرض ادناهما فيثبت ولان من قضية الاعارة الانتفاع ورد العين
فاقيم رد المثل مقامه قالوا هذا اذا اطلق الاعارة اما اذا عين الجهة بان استعار دراهم
ليعاير بها ميزانا او يزين بها دكانا فلم يكن قرضا ولا يكون له الا المنفعة المسماة وصار كما
اذا استعار انية يتجمل بها او سيفا محلى يتقلدها قال واذا استعار ارضا ليبني
فيها او ليغرس جاز وللمعير ان يرجع فيها ويكلفه قلع البناء والغرس اما الرجوع فلما بينا
واما الجواز فلانها منفعة معلومة تملك بالاجارة فكذا بالاعارة واذا صح الرجوع بقي المستعير
شاغلا ارض المعير فيكلف تفريغها ثم ان لم يكن وقت العارية فلا ضمان عليه لان المستعير
مغتر غير مغرور حيث اعتمد اطلاق العقد من غير ان يسبق منه الوعد وان كان وقت
العارية ورجع قبل الوقت صح رجوعه لما ذكرنا ولكنه يكره لما فيه من خلف الوعد وضمن
المعير ما نقص البناء والغرس بالقلع لانه مغرور من جهته حيث وقت له والظاهر الوفاء
بالعهد فيرجع عليه دفعا للضرر عن نفسه كذا ذكره القدوري في مختصره وذكر الحاكم
الشهيد انه يضمن رب الارض للمستعير قيمة غرسه وبنائه ويكونان له الا ان يشاء المستعير
ان يرفعهما ولا يضمنه قيمتهما فيكون له ذلك لانه ملكه قالوا اذا كان في القلع ضرر بالارض

فالخيار الى رب الارض لانه صاحب اصل والمستعير صاحب تبع والترجيح بالاصل ولو
استعارها ليزرعها لم يؤخذ منه حتى يحصد الزرع وقت او لم يوقت لان له نهاية معلومة
فيقلع دفعا للضرر عن المالك قال واجرة رد العارية على المستعير لان الرد واجب
لما انه قبضه لمنفعة نفسه والاجر مؤنة الرد فيكون عليه واجرة رد العين المستاجرة على
الموجر لان الواجب على المستاجر التمكين والتخلية دون الرد فان منفعة قبضه سالمة
للموجر معنى فلا يكون عليه مؤنة رده واجرة رد العين المغصوبة على الغاصب لان
الواجب عليه الرد والاعادة الى يد المالك دفعا للضرر عنه فيكون مؤنته عليه قال
واذا استعار دابة فردها الى اصطبل مالكها فهلكت لم يضمن وهذا استحسان
وفي القياس يضمن لانه ما ردها الى مالكها بل ضيعها وجه الاستحسان انه اتى بالتسليم
المتعارف لان رد العواري الى دار الملاك معتاد كالة البيت ولو ردها الى المالك
فالمالك يردها الى المربط وان استعار عبدا فرده الى دار المالك ولم يسلمه لم
يضمن لما بينا ولو رد المغصوب او الوديعة الى دار المالك ولم يسلمه اليه ضمن لان
الواجب على الغاصب فسخ فعله وذلك بالرد الى المالك دون غيره والوديعة لا يرضى
المالك بردها الى الدار ولا الى يد من في العيال لانه لو ارتضاه لما اودعها اياه بخلاف
العواري لان فيها عرفا حتى لو كانت العارية عقد جوهر لم يردها الا الى المعير لعدم
ما ذكرنا من العرف فيه قال ومن استعار دابة فردها مع عبده او اجيره لم يضمن
والمراد بالاجير ان يكون مسانهة او مشاهرة لانها امانة فله ان يحفظها بيد من في عياله
كما في الوديعة بخلاف الاجير مياومة لانه ليس في عياله وكذا اذا ردها مع عبد رب الدابة
او اجيره لان المالك يرضى به الا ترى انه لو رده اليه فهو يرده الى عبده وقيل هذا في
العبد الذي يقوم على الدواب وقيل فيه وفي غيره وهو الاصح لانه ان كان لا يدفع
اليه احيانا وان ردها مع اجنبي ضمن ودلت المسئلة على ان المستعير لا يملك الايداع
قصدا كما قاله بعض المشايخ وقال بعضهم يملكه لانه دون الاعارة واولوا هذه
بانها الاعارة لانقضاء المدة قال ومن اعار ارضا بيضاء للزراعة يكتب انك اطعمتني
عند ابي حنيفة وقالا يكتب انك اعرتني لان لفظة الاعارة موضوعة له والكتابة
بالموضوع اولى كما في اعارة الدار وله ان لفظة الاطعام ادل على المراد لانها تخص
الزراعة والاعارة تنتظمها وغيرها كالبناء ونحوه فكانت الكتابة بها اولى بخلاف الدار
لانها لا تعار الا للسكنى

كتاب الهبة

الهبة عقد مشروع لقوله عليه السلام
تهادوا تحابوا وعلى ذلك انعقد الاجماع وتصح بالايجاب والقبول فلانه عقد والعقد
ينعقد بالايجاب والقبول والقبض لا بد منه لثبوت الملك وقال مالك يثبت الملك فيه

قبل القبض اعتبارا بالبيع وعلى هذا الخلاف الصدقة ولنا قوله عليه السلام لا يجوز
الهبة الا مقبوضة والمراد نفي الملك لان الجواز بدونه ثابت ولانه عقد تبرع وفي اثبات
الملك قبل القبض الزام المتبرع شيئا لم يتبرع به وهو التسليم فلا يصح بخلاف الوصية
لان اوان ثبوت الملك فيها بعد الموت ولا الزام على المتبرع لعدم اهليته للزوم
وحق الوارث متاخر عن الوصية فلم يملكها فان قبضه الموهوب له في المجلس بغير
امر الواهب جاز استحسانا وان قبض بعد الافتراق لم يجز الا ان ياذن له الواهب
في القبض والقياس ان لا يجوز في الوجهين لان القبض تصرف في ملك الواهب
اذ ملكه قبل القبض باق فلا يصح بدون اذنه ولنا ان القبض بمنزلة القبول في
الهبة من حيث انه يتوقف عليه ثبوت حكمه وهو الملك والمقصود منه اثبات الملك
فيكون الايجاب منه تسليطا على القبض بخلاف ما اذا قبض بعد الافتراق لانا انما
اثبتنا التسليط فيه الحاقا له بالقبول والقبول يتقيد بالمجلس فكذا ما يلحق به بخلاف
ما اذا نهاه عن القبض في المجلس لان الدلالة لا تعمل في مقابلة الصريح قال وتنعقد
الهبة بقوله وهبت ونحلت واعطيت لان الاول صريح فيه والثاني مستعمل فيه قال
النبي عليه السلام اكل اولادك نحلت مثل هذا فكذا الثالث يقال اعطاك الله
ووهبك الله بمعنى وكذا تنعقد بقوله اطعمتك هذا الطعام وجعلت هذا الثوب
لك واعمرتك هذا الشيء وحملتك على هذه الدابة اذا نوى بالحملان الهبة اما الاول
فلان الاطعام اذا اضيف الى ما يطعم عينه يراد به تمليك العين بخلاف ما اذا قال
اطعمتك هذه الارض حيث يكون عارية لان عينها لا تطعم واما الثاني فلانه
اللام للتمليك واما الثالث فلقوله عليه السلام فمن اعمر عمرى فهي للمعمر له ولورثته
من بعده وكذا اذا قال جعلت هذه الدار لك عمرى لما قلنا واما الرابع فلان الحمل هو
الاركاب حقيقة فيكون عارية لكنه يحتمل الهبة يقال حمل الامير فلانا على فرس
ويراد به التمليك فيحمل عليه عند نيته ولو قال كسوتك هذا الثوب يكون هبة
لانه يراد به التمليك قال تعالى او كسوتهم ويقال كسا الامير فلانا ثوبا اي ملكه
منه ولو قال منحتك هذه الجارية كانت عارية لما روينا وقيل ولو قال داري لك هبة
سكنى او سكنى هبة فهي عارية لان العارية محكم في تمليك المنفعة والهبة تحتملها
وتحتمل تمليك العين فيحمل المحتمل على المحكم وكذا اذا قال عمرى سكنى او نحلى سكنى
او صدقة عارية او عارية هبة لما قدمنا ولو قال هبة تسكنها فهو هبة لان قوله
تسكنها مشورة وليس بتفسير وهو تنبيه على المقصود بخلاف قوله هبة سكنى
لانه تفسير له قال ولا يجوز الهبة فيما يقسم الا محوزة مقسومة وهبة المشاع

فيما

فيما لا يقسم جائزة وقال الشافعي يجوز في الوجهين لانه عقد تمليك فيصح في المشاع وغيره
كالبيع بانواعه وهذا لان المشاع قابل لحكمه وهو الملك فيكون محلا له وكونه تبرعا لا
يبطل الشيوع كالقرض والوصية ولنا ان القبض منصوص عليه في الهبة فيشترط كماله
والمشاع لا يقبله الا بضم غيره اليه وذلك غير موهوب ولان في تجويزه الزامه شيئا
لم يلتزمه وهو القسمة ولهذا امتنع جوازه قبل القبض كيلا يلزمه التسليم بخلاف
ما لا يقسم لان القبض القاصر هو الممكن فيكتفى به ولانه لا يلزمه مؤنة القسمة
والمهاياة يلزمه فيما لم يتبرع به وهو المنفعة والهبة لاقت العين والوصية ليس من
شرطها القبض وكذا البيع الصحيح والبيع الفاسد والصرف والسلم فان القبض
فيها غير منصوص عليه ولانها عقود ضمان فتناسب لزوم مؤنة القسمة والقرض
تبرع من وجه وعقد ضمان من وجه فشرطنا القبض القاصر دون القسمة عملا بالشبهين
على ان القبض غير منصوص عليه فيه ولو وهب من شريكه لا يجوز لان الحكم يدار
على نفس الشيوع قال ومن وهب شقصا مشاعا فالهبة فاسدة لما ذكرنا فان
قسمه وسلمه جاز لان تمامه بالقبض وعنده لا شيوع قال ولو وهب دقيقا
في حنطة او دهنا في سمسم فالهبة فاسدة فان طحن وسلم لم يجز وكذا السمن في اللبن لان
الموهوب معدوم ولهذا لو استخرجه الغاصب تملكه والمعدوم ليس بمحل للملك
فوقع العقد باطلا فلا ينعقد الا بالتجديد بخلاف ما تقدم لان المشاع محل
التمليك وهبة اللبن في الضرع والصوف على ظهر الغنم والزرع والنخل في الارض
والتمر في النخيل بمنزلة المشاع لان امتناع الجواز للاتصال وذلك يمنع القبض
كالشائع قال وان كانت العين في يد الموهوب له ملكها بالهبة وان لم يجدد
فيها قبضا لان العين في قبضه والقبض هو الشرط بخلاف ما اذا باعه منه لان القبض
في البيع مضمون فلا ينوب عنه قبض الامانة اما قبض الهبة غير مضمون فينوب عنه
واذا وهب الاب لابنه الصغير هبة ملكها الابن بالعقد لانه في قبض الاب فينوب عن
قبض الهبة ولا فرق بينما اذا كان في يده او في يد مودعه لان يده كيده بخلاف ما اذا كان
مرهونا او مغصوبا او مبيعا بيعا فاسدا لانه في يد غيره او في ملك غيره والصدقة في هذا
مثل الهبة وكذا اذا وهبت له امه وهو في عيالها والاب ميت ولا وصي له وكذلك
كل من يعوله وان وهب له اجنبي هبة تمت بقبض الاب لانه يملك عليه الدائر بين النافع
والضار فاولى ان يملك النافع واذا وهب لليتيم هبة فقبضها له وليه وهو وصي
الاب او جد اليتيم او وصيه جاز لان لهؤلاء ولاية عليه لقيامهم مقام الاب وان كان
في حجر امه فقبضها له وليه وهو وصي الاب او جد اليتيم جائز لان لها الولاية فيما يرجع

الى حفظه وحفظ ماله وهذا من بابه لانه لا يبقى الا بالمال فلا بد من ولاية التحصيل وكذا اذا
كان في حجر اجنبي يربيه لان له عليه يدا معتبرة الا ترى انه لا يتمكن اجنبي اخر ان ينزعه من يده
فيملك ما يتمحض نفعا في حقه وان قبض الصبي الهبة بنفسه جاز معناه اذا كان عاقلا لانه نافع
في حقه وهو من اهله وفيما وهب للصغيرة يجوز قبض زوجها لها بعد الزفاف لتفويض
الاب امورها اليه دلالة بخلاف ما قبل الزفاف ويملكه مع حضرة الاب بخلاف الام
وكل من يعولها غيرها حيث لا يملكونه الا بعد موت الاب او غيبته غيبة منقطعة في الصحيح
لان تصرف هؤلاء للضرورة لا بتفويض الاب ومع حضوره لا ضرورة قال واذا وهب
اثنان لواحد دارا جاز لانهما سلماها جملة وهو قد قبضها جملة فلا شيوع وان وهبها
واحد لاثنين لا يجوز عند ابي حنيفة وقالا يصح لان هذه هبة الجملة منهما اذ التمليك
واحد فلا يتحقق الشيوع كما اذا رهن من رجلين وله ان هذه هبة النصف من كل واحد
ولهذا لو كانت فيما لا يقسم فقبل احدهما صح ولان الملك يثبت لكل واحد منهما في
النصف فيكون التمليك كذلك لانه حكمه وعلى هذا الاعتبار يتحقق الشيوع بخلاف
الرهن لان حكمه الحبس ويثبت لكل واحد منهما كملا ولهذا لو قضى دين احدهما لا يسترد
شيا من الرهن وفي الجامع الصغير اذا تصدق على محتاجين بعشرة دراهم او وهبها
لهما جاز ولو تصدق بها على غنيين او وهبها لهما لم يجز وقالا يجوز للغنيين ايضا جعل
كل واحد منهما مجازا عن الاخر والصلاحية ثابتة لان كل واحد تمليك بغير بدل وفرق بين
الصدقة والهبة في الحكم وفي الاصل سوى فقال وكذلك الصدقة لان الشيوع مانع
في الفصلين لتوقفهما على القبض ووجه الفرق على هذه الرواية ان الصدقة يراد بها
وجه الله وهو واحد والهبة يراد بها وجه الغني وهما اثنان وقيل هذا هو الصحيح
والمراد بالمذكور في الاصل الصدقة على غنيين ولو وهب لرجلين دارا لاحدهما ثلثاها
وللاخر ثلثها لم يجز عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يجوز ولو قال لاحدهما نصفها وللاخر
نصفها وعن ابي يوسف فيه روايتان فابو حنيفة مر على اصله وكذا محمد والفرق لابي يوسف
ان بالتنصيص على الابعاض يظهر ان قصده ثبوت الملك في البعض فيتحقق الشيوع
ولهذا لا يجوز اذا رهن من رجلين ونص على الابعاض

باب الرجوع في الهبة

قال واذا
وهب هبة لاجنبي فله الرجوع فيها وقال الشافعي لا رجوع فيها لقوله عليه السلام لا يرجع
الواهب في هبته الا الوالد فيما يهب لولده ولان الرجوع يضاد التمليك والعقد لا يقتضي
ما يضاده بخلاف هبة الوالد لولده على اصله لانه لا يتم التمليك بالعقد هو التعويض
للعادة فيثبت ولاية الفسخ عند فواته اذ العقد يقبله والمراد بما روي نفي الاستبداد
الرجوع واثباته للوالد فانه يتملكه للحاجة وذلك يسمى رجوعا وقوله في الكتاب فله الرجوع

الحكم اما الكراهة فلازمة لقوله عليه السلام العائد في هبته كالعائد في قيئه وهذا لاستقباحه
ثم للرجوع موانع ذكر بعضها فقال الا ان يعوضه عنها لحصول المقصود او يزيد زيادة متصلة
لانه لا وجه الى الرجوع فيها دون الزيادة لعدم الامكان ولا مع الزيادة لعدم دخولها تحت
العقد قال او يموت احد المتعاقدين لان بموت الموهوب له ينتقل الملك الى الورثة
فصار كما اذا انتقل في حياته واذا مات الواهب فوارثه اجنبي عن العقد اذ هو ما اوجبه قال
او يخرج الهبة عن ملك الموهوب له لانه حصل بتسليطه فلا ينقضه ولانه تجدد الملك بتجدد
سببه قال فان وهب لاخر ارضا بيضاء فانبت في ناحية منها نخلا او بنى بيتا او دكانا او
اريا وكان ذلك زيادة فيها فليس له ان يرجع في شيء منها لان هذه زيادة متصلة وقوله
وكان ذلك زيادة فيها لان الدكان قد يكون صغيرا حقيرا لا يعد زيادة اصلا وقد يكون الارض
عظيمة يعد ذلك زيادة في قطعة منها فلا يمتنع الرجوع في غيرها قال فان باع نصفها
غير مقسوم رجع في الباقي لان الامتناع بقدر المانع وان لم يبع شيا منها له ان يرجع في
نصفها لان له ان يرجع في كلها فكذا في نصفها بطريق الاولى وان وهب هبة لذي رحم
محرم منه فلا رجوع فيها لقوله عليه السلام اذا كانت الهبة لذي رحم محرم لم يرجع فيها ولان
المقصود صلة الرحم وقد حصل وكذلك ما وهب احد الزوجين للاخر لان المقصود فيها
الصلة كما في القرابة وانما ينظر الى هذا المقصود وقت العقد حتى لو تزوجها بعدما وهب لها
فله الرجوع ولو ابانها بعدما وهب فلا رجوع قال واذا قال الموهوب له للواهب
خذ هذا عوضا عن هبتك او بدلا عنها او في مقابلتها فقبضه الواهب سقط الرجوع
لحصول المقصود وهذه العبارات تؤدي معنى واحدا وان عوضه اجنبي عن الموهوب
له متبرعا فقبض الواهب العوض بطل الرجوع لان العوض لاسقاط الحق فيصح من
الاجنبي كبدل الخلع والصلح واذا استحق نصف الهبة رجع بنصف العوض لانه لم
يسلم له ما يقابل نصفه وان استحق نصف العوض لم يرجع في الهبة الا ان يرد ما بقي
ثم يرجع وقال زفر يرجع بالنصف اعتبارا بالعوض الاخر ولنا انه يصلح عوضا
للكل من الابتداء وبالاستحقاق تبين انه لا عوض الا هو الا انه يتخير لانه ما اسقط حقه
في الرجوع الا ليسلم له كل العوض ولم يسلم له فله ان يرده قال وان وهب
فعوضه من نصفها رجع في النصف الذي لم يعوض لان المانع خص النصف قال ولا
يصح الرجوع الا بتراضيهما او بحكم الحاكم لانه مختلف بين العلماء وفي اصله وهاء وفي حصول
المقصود وعدمه خفاء فلا بد من الفصل بالرضا او بالقضاء حتى لو كانت الهبة عبدا فاعتقه
قبل القضاء نفذ ولو منعه فهلك لم يضمن لقيام ملكه فيه وكذا اذا هلك في يده بعد القضاء
لان اول القبض غير مضمون وهذا دوام عليه الا ان يمنعه بعد طلبه لانه تعدى واذا رجع

او قصرت لكونها معلومة ولتحقق الحاجة اليها عسى الا ان فى الاوقاف لا يجوز الاجارة الطويلة
كيلا يدعى المستاجر ملكها وهى ما زاد على ثلث سنين هو المختار قال وتارة تصير
معلومة بنفسه كمن استاجر رجلا على صبغ ثوب او خياطته او استاجر دابة ليحمل عليها
مقدارا معلوما او يركبها مسافة سماها لانه اذا بين الثوب ولون الصبغ وقدره وجنس
الخياطة والقدر المحمول وجنسه والمسافة صارت المنفعة معلومة فيصح العقد وربما
يقال الاجارة قد يكون عقدا على العمل كاستيجار الخياط والقصار ولا بد ان يكون العمل
معلوما وذلك فى الاجير المشترك وقد يكون عقدا على المنفعة كما فى اجير الوحد ولا بد من
بيان الوقت قال وتارة تصير معلومة بالتعيين والاشارة كمن استاجر رجلا لينقل
له هذا الطعام الى موضع معلوم لانه اذا اراه ما ينقله والموضع الذى يحمل اليه
كانت المنفعة معلومة فيصح العقد **باب الاجر متى يستحق** الاجرة لا تجب بالعقد وتستحق
باحدى معان ثلثة اما بشرط التعجيل او بالتعجيل من غير شرط او باستيفاء المعقود عليه
وقال الشافعى يملك بنفس العقد فيثبت الحكم فيما يقابله من البدل ولنا ان العقد
ينعقد شيئا فشيئا على حسب حدوث المنافع على ما بينا والعقد معاوضة ومن قضيتها
المساواة فمن ضرورة التراخى فى جانب المنفعة التراخى فى البدل الاخر واذا استوفى
المنفعة يثبت الملك فى الاجر لتحقق التسوية وكذا اذا شرط التعجيل او عجل لان المساواة
تثبت حقا له وقد ابطله واذا قبض المستاجر الدار فعليه الاجرة وان لم يسكنها لان تسليم عين المنفعة
لا يتصور فاقمنا تسليم المحل مقامه اذ التمكن من الانتفاع يثبت به فان غصبها غاصب من يده سقطت
الاجرة لان تسليم المحل انما اقيم مقام تسليم المنفعة للتمكن من الانتفاع فاذا فات التمكن
فات التسليم وانفسخ العقد فيسقط الاجر وان وجد الغصب فى بعض المدة سقط بقدره اذ الانفساخ
فى بعضها ومن استاجر دارا فللموجر ان يطالبه باجر كل يوم لانه منفعة مقصودة الا ان
يبين وقت الاستحقاق فى العقد لانه بمنزلة التاجيل وكذلك اجارة الاراضى لما بينا ومن
استاجر بعيرا الى مكة فللجمال ان يطالبه باجرة كل مرحلة لان سير كل مرحلة مقصود وكان
ابو حنيفة يقول اولا لا يجب الاجر الا بعد انقضاء المدة وانتهاء السفر وهو قول زفر لان المعقود
عليه جملة المنافع فى المدة فلا يتوزع الاجر على اجزائها كما اذا كان المعقود عليه العمل ووجه
القول المرجوع اليه ان القياس استحقاق الاجر ساعة فساعة ليتحقق المساواة الا ان المطالبة
فى كل ساعة يفضى الى ان لا يتفرغ لغيره فيتضرر به فقدرنا بما ذكرنا قال وليس للقصار
والخياط ان يطالب بالاجرة حتى يفرغ من العمل لان العمل فى البعض غير منتفع به فلا يستوجب
الاجر وكذا اذا عمل فى بيت المستاجر لا يستوجب الاجر قبل الفراغ لما بينا قال الا ان يشترط
التعجيل لما مر ان الشرط فيه لازم ومن استاجر خبازا ليخبز له فى بيته قفيزا من دقيق بدرهم

لم يستحق الاجر حتى يخرج الخبز من التنور لان تمام العمل بالاخراج فلو احترق او سقط من
يده قبل الاخراج فلا اجر له للهلاك قبل التسليم فان اخرجه ثم احترق من غير فعله فله الاجر
لانه صار مسلما بالوضع فى بيته ولا ضمان عليه لانه لم يوجد منه الجناية قال رضى الله عنه
وهذا عند ابى حنيفة لانه امانة فى يده وعندهما يضمن مثل دقيقه ولا اجر له لانه مضمون
عليه فلا يبرا الا بعد حقيقة التسليم وان شاء ضمنه الخبز واعطاه الاجر ومن استاجر طباخا
ليطبخ له طعاما للوليمة فالغرف عليه اعتبارا للعرف ومن استاجر انسانا ليضرب له لبنا
استحق الاجر اذا اقامه عند ابى حنيفة وقالا لا يستحقها حتى يشرجه لان التشريج من تمام عمله
اذ لا يومن من الفساد قبله فصار كالاخراج من التنور ولان الاجير هو الذى يتولاه عرفا
وهو المعتبر فيما لم ينص عليه ولابى حنيفة ان العمل قد تم بالاقامة والتشريج عمل زائد كالنقل
الا ترى انه ينتفع به قبل التشريج بالنقل الى موضع العمل بخلاف ما قبل الاقامة لانه طين
منتشر وبخلاف الخبز لانه غير منتفع به قبل الاخراج قال وكل صانع لعمله اثر فى العين
كالقصار والصباغ فله ان يحبس العين حتى يستوفى الاجر لان المعقود عليه وصف قائم
فى الثوب فله حق الحبس لاستيفاء البدل كما فى المبيع ولو حبسه فضاع فلا ضمان عليه
عند ابى حنيفة لانه غير متعد فى الحبس فبقى امانة كما كان عنده ولا اجر له لهلاك المعقود عليه
قبل التسليم وعند ابى يوسف ومحمد العين كانت مضمونة قبل الحبس فكذا بعده لكنه
بالخيار ان شاء ضمنه قيمته غير معمول ولا اجر له وان شاء ضمنه معمولا وله الاجر وسنبين من بعد
ان شاء الله قال وكل صانع ليس لعمله اثر فى العين فليس له ان يحبس العين بالاجر
كالحمال والملاح لان المعقود عليه نفس العمل وهو غير قائم فى العين فلا يتصور حبسه
فليس له ولاية الحبس وغسل الثوب نظير الحمل وهذا بخلاف الآبق حيث يكون للراد
حق حبسه لاستيفاء الجعل ولا اثر لعمله لانه كان على شرف الهلاك وقد احياه فكانه
باعه منه فله حق الحبس وهذا الذى ذكرنا مذهب علمائنا الثلثة وقال زفر ليس له
حق الحبس فى الوجهين لانه وقع التسليم باتصال المبيع بملكه فيسقط حق الحبس ولنا
ان الاتصال بالمحل ضرورة اقامة العمل فلم يكن هو راضيا به من حيث انه تسليم فلا يسقط
حق الحبس كما اذا قبض المشترى بغير رضا البايع قال واذا شرط على الصانع ان يعمل بنفسه
فليس له ان يستعمل غيره لان المعقود عليه العمل من محل بعينه فيستحق عينه كالمنفعة فى محل
بعينه وان اطلق له العمل فله ان يستاجر من يعمله لان المستحق عمل فى ذمته ويمكن ايفاؤه
بنفسه وبالاستعانة بغيره بمنزلة ايفاء الدين **فصل** ومن استاجر رجلا ليذهب
الى البصرة فيجئ بعياله فذهب فوجد بعضهم قد مات فجاء بمن بقى فله الاجر بحسابه لانه اوفى
بعض المعقود عليه فيستحق العوض بقدره ومراده اذا كانوا معلومين وان استاجر
رجلا ليذهب بكتابه الى فلان بالبصرة ويجئ بجوابه فذهب فوجد فلانا ميتا فرده فلا اجر

وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد له الاجر في الذهاب لانه اوفى بعض المعقود عليه
وهو قطع المسافة وهذا لان الاجر مقابل به لا بنيل المقصود دون حمل الكتاب لخفة مؤنته
ولهما ان المعقود عليه نقل الكتاب لانه هو المقصود او وسيلة اليه وهو العلم
بما في الكتاب لكن الحكم معلق به وقد نقضه فيسقط الاجر كما في الطعام وهي المسألة
التي تلي هذه المسألة وان ترك الكتاب في ذلك المكان وعاد يستحق الاجر بالذهاب بالاجماع
لان الحمل لم ينتقض وان استاجره ليذهب بالطعام الى فلان بالبصرة فذهب فوجد
فلانا ميتا فرده فلا اجر له في قولهم جميعا لانه نقض تسليم المعقود عليه وهو حمل الطعام
بخلاف مسألة الكتاب على قول محمد لان المعقود عليه هناك قطع المسافة على ما مر

باب ما يجوز من الاجارة

وما يكون خلافا فيها قال ويجوز استيجار الدور والحوانيت
للسكنى وان لم يبين ما يعمل فيها لان العمل المتعارف فيها السكنى فينصرف اليه وانه
لا يتفاوت فيصح العقد وله ان يعمل كل شيء للاطلاق الا انه لا يسكن حدادا ولا قصارا
ولا طحانا لان فيه ضررا ظاهرا لانه يوهن البناء فيتقيد العقد بما وراءها دلالة ويجوز
استيجار الاراضي للزراعة لانه منفعة مقصودة فيها وللمستاجر الشرب والطريق
لان الاجارة تعقد للانتفاع ولا انتفاع الا بهما فيدخلان في مطلق العقد بخلاف
البيع لان المقصود فيه ملك الرقبة لا الانتفاع في الحال حتى يجوز بيع الجحش والارض
السبخة فلا يدخلان فيه من غير ذكر الحقوق وقد مر في البيوع ولا يصح العقد حتى
يسمي ما يزرع فيها لانها قد تستاجر للزراعة ولغيرها وما يزرع فيها متفاوت فلا بد
من التعيين كيلا تقع المنازعة او يقول على ان يزرع فيها ما شاء لانه لما فوض الخيرة اليه
ارتفعت الجهالة المفضية الى المنازعة قال ويجوز ان يستاجر الساحة ليبني فيها
او ليغرس فيها نخلا او شجرا لانها منفعة تقصد بالاراضي ثم اذا انقضت مدة الاجارة
لزمه ان يقلع البناء والغرس ويسلمها فارغة لانه لا نهاية لهما ففي ابقائها اضرار بصاحب
الارض بخلاف ما اذا انقضت والزرع بقل حيث يترك باجر المثل الى زمان الادراك
لان له نهاية معلومة فامكن رعاية الجانبين قال الا ان يختار صاحب الارض ان يغرم
له قيمة الارض مقلوعا ويتملكه وهذا برضا صاحب الغرس والشجر الا ان تنقص الارض
بقلعها فحينئذ يتملكها بغير رضاه قال او يرضى بتركه على حاله فيكون البناء
لهذا والارض لهذا لان الحق له فله ان لا يستوفيه قال وفي الجامع الصغير اذا
انقضت مدة الاجارة وفي الارض رطبة فانها تقلع لان الرطاب لا نهاية لها فاشبه
الشجر قال ويجوز استيجار الدواب للركوب والحمل لانه منفعة معلومة
معهودة فان اطلق الركوب جاز له ان يركب من شاء عملا بالاطلاق ولكن اذا اركب بنفسه

او اركب واحدا ليس له ان يركب غيره لانه تعين مرادا من الاصل والناس يتفاوتون في
الركوب فصار كانه نص على ركوبه وكذلك اذا استاجر ثوبا للبس واطلق فيما ذكرنا
لاطلاق اللفظ وتفاوت الناس في اللبس وان قال على ان يركبها فلان او يلبس الثوب
فلان فاركبها غيره او البسه غيره فعطب كان ضامنا لان الناس يتفاوتون في الركوب
واللبس فصح التعيين وليس له ان يتعداه وكذلك كل ما يختلف باختلاف المستعمل
لما ذكرنا فاما العقار وما لا يختلف باختلاف المستعمل اذا شرط سكنى واحد فله ان يسكن
غيره لان التقييد غير مفيد لعدم التفاوت والذي يضر بالبناء خارج على ما ذكرنا قال
وان سمى نوعا وقدرا يحمله على الدابة مثل ان يقول خمسة اقفزة حنطة فله ان يحمل ما هو
مثل الحنطة في الضرر او اقل كالشعير والسمسم لانه دخل تحت الاذن لعدم التفاوت
او لكونه خيرا من الاول وليس له ان يحمل ما هو اضر من الحنطة كالملح لانعدام الرضا فيه
وان استاجرها ليحمل عليها قطنا سماه فليس له ان يحمل عليها مثل وزنه حديدا لانه ربما
يكون اضر بالدابة فان الحديد يجتمع في موضع من ظهره والقطن ينبسط على ظهره قال
وان استاجرها ليركبها فاردف معه رجلا فعطبت ضمن نصف قيمتها ولا معتبر بالثقل
لان الدابة قد يعقرها جهل الراكب الخفيف ويخف عليها ركوب الثقيل لعلمه بالفروسية
ولان الادمي غير موزون فلا يمكن معرفة الوزن فاعتبر عدد الراكب كعدد الجناة في
الجنايات وان استاجرها ليحمل عليها مقدارا من الحنطة فحمل عليها اكثر منه فعطبت
ضمن ما زاد الثقل فانقسم عليهما الا اذا كان حملا لا يطيقه مثل تلك الدابة فحينئذ
يضمن كل قيمتها لعدم الاذن فيها اصلا لخروجه عن العادة وان كبح الدابة بلجامها او ضربها
فعطبت ضمن عند ابي حنيفة وقالا لا يضمن اذا فعل فعلا متعارفا لان المتعارف مما
يدخل تحت مطلق العقد فكان حاصلا باذنه فلا يضمنه ولابي حنيفة ان الاذن مقيد
بشرط السلامة اذ يتحقق السوق بدونه وانما هما للمبالغة فيتقيد بوصف السلامة
كالمرور في الطريق وان استاجرها الى الحيرة فجاوز بها الى القادسية ثم ردها الى الحيرة
ثم نفقت فهو ضامن وكذلك العارية وقيل تاويل هذه المسألة اذا استاجرها
ذاهبا لا جائيا لينتهي العقد بالوصول الى الحيرة فلا يصير بالعود مردودا الى يد المالك معنى
اما اذا استاجرها ذاهبا وجائيا يكون بمنزلة المودع مامورا بالحفظ مقصودا فيبقى
الامر بالحفظ بعد العود الى الوفاق فحصل الرد الى يد نائب المالك وفي الاجارة والعارية
يصير الحفظ مامورا به تبعا للاستعمال لا مقصودا فاذا انقطع الاستعمال لم يبق هو
نائبا فلا يبرأ بالعود وهذا اصح ومن اكترى حمارا بسرج فنزع السرج واسرجه بسرج
يسرج مثله الحمر فلا ضمان عليه لانه اذا كان يماثل الاول يتناوله اذن المالك اذ لا فائدة

في التقييد بغيره الا اذا كان زايدا عليه في الوزن فحينئذ يضمن الزيادة وان كان لا يسرج
بمثله ضمن لانه لم يتناوله الاذن من جهته فصار مخالفا وان اوكفه باكاف فلا يوكف
بمثله الحمر يضمن لما قلنا في السرج وهذا اولى وان اوكفه باكاف يوكف بمثله الحمر ضمن عند
ابي حنيفة وقالا يضمن على قدر ما زاد اذا كان يوكف بمثله الحمر كان هو والسرج سوا فيكون
المالك راضيا به الا اذا كان زايدا على السرج في الوزن فيضمن الزيادة لانه لم يرض
بالزيادة فصار كالزيادة في الحمل المسمى اذا كانت من جنسه ولابي حنيفة ان الاكاف ليس
من جنس السرج لانه للحمل والسرج للركوب وكذا ينبسط احدهما على ظهر الدابة ما لا ينبسط
عليه الآخر فيكون مخالفا كما اذا حمل الحديد وقد شرط له الحنطة وان استاجر حمالا ليحمل له طعاما
في طريق كذا فاخذ في طريق غيره يسلكه الناس فهلك المتاع فلا ضمان عليه فان بلغ فله الاجر
وهذا اذا لم يكن بين الطريقين تفاوت لان عند ذلك التقييد غير مفيد اما اذا كان تفاوت
يضمن لصحة التقييد فانه تقييد مفيد الا ان الظاهر عدم التفاوت اذا كان طريقا
يسلكه الناس فلم يفصل وان كان طريقا لا يسلكه الناس فهلك ضمن لانه صح التقييد
فصار مخالفا وان بلغ فله الاجر لانه ارتفع الخلاف معنى وان بقي صورة قال
وان حمله في البحر فيما يحمله الناس ضمن لفحش التفاوت بين البر والبحر وان بلغ فله الاجر
لحصول المقصود وارتفاع الخلاف معنى ومن استاجر ارضا ليزرعها حنطة فزرعها
رطبة ضمن ما نقصها لان الرطاب اضر بالارض من الحنطة لانتشار عروقها فيها وكثرة
الحاجة الى سقيها فكان خلافا الى شر فيضمن ما نقصها ولا اجر له لانه غاصب للارض
على ما قررناه ومن دفع الى خياط ثوبا ليخيطه قميصا بدرهم فخاطه قباء فان شاء ضمنه
قيمة الثوب وان شاء اخذ القباء واعطاه اجر مثله لا يجاوز به درهما وقيل معناه القرطق
الذي هو ذو طاق واحد لانه يستعمل استعمال القميص وعن ابي حنيفة انه يضمنه من غير
خيار لان القباء خلاف جنس القميص ووجه الظاهر انه قميص من وجه فانه يشد وسطه
وينتفع به انتفاع القميص فجاءت الموافقة والمخالفة فيميل الى اي الجهتين شاء الا انه
يجب اجر المثل لقصوره جهة الموافقة ولا يجاوز به الدرهم المسمى كما هو الحكم في باب
الاجارات الفاسدة على ما نبينه في بابه ان شاء الله ولو خاطه سراويل وقد امره بالقباء
قيل يضمن من غير خيار للتفاوت في المنفعة والاصح انه يخير للاتحاد في اصل المنفعة
وصار كما اذا امر بضرب طست من شبه فضرب منه كوزا فانه يخير كذا هنا

باب الاجارة الفاسدة

قال الاجارة تفسدها الشروط كما يفسد البيع لانه بمنزلته الا ترى انه عقد يقال
ويفسخ والواجب في الاجارات الفاسدة اجر المثل لا يجاوز به المسمى وقال زفر والشافعي
يجب بالغا ما بلغ اعتبارا ببيع الاعيان ولنا ان المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد



لحاجة الناس فيكتفى بالضرورة في الصحيح منها لان الفاسد تبع له ويعتبر ما يجعل بدلا
في الصحيح عادة لكنهما اذا اتفقا على مقدار في الفاسد فقد اسقطا الزيادة واذا نقص
اجر المثل لم يجب زيادة المسمى لفساد التسمية بخلاف البيع لان العين متقومة في نفسها
وهو الموجب الاصلي فان صحت التسمية انتقل عنه والا فلا ومن استاجر دارا كل شهر
بدرهم فالعقد صحيح في شهر واحد فاسد في بقية الشهور الا ان يسمي جملة الشهور
معلومة لان الاصل ان كلمة كل اذا دخلت فيما لا نهاية له ينصرف الى الواحد لتعذر العمل
بالعموم فكان الشهر الواحد معلوما فيصح العقد فيه
واذا تم كان لكل واحد منهما ان ينقض الاجارة لانتهاء العقد الصحيح ولو سمى جملة
شهور معلومة جاز لان المدة صارت معلومة قال فان سكن ساعة من الشهر
الثاني صح العقد فيه ولم يكن للموجر ان يخرجه الى ان ينقضي وكذلك كل شهر سكن في اوله
لانه تم العقد بتراضيهما بالسكنى في الشهر الثاني الا ان الذي ذكره في الكتاب هو
القياس وقد مال اليه بعض المشايخ وظاهر الرواية ان يبقى الخيار لكل واحد منهما
في الليلة الاولى من الشهر الثاني ويومها لان في اعتبار الاول بعض الحرج واذا استاجر
دارا سنة بعشرة دراهم جاز وان لم يسم قسط كل شهر من الاجرة لان المدة معلومة
بدون التقسيم فصار كاجارة شهر واحد فانه جائز وان لم يسم قسط كل يوم ثم يعتبر
ابتداء المدة مما سمى وان لم يسم شيئا فهو من الوقت الذي استاجره لان الاوقات كلها
في حق الاجارة على السواء فاشبه اليمين بخلاف الصوم لان الليالي ليست بمحل له ثم ان
كان العقد حين يهل الهلال فشهور السنة كلها بالاهلة لانها هي الاصل وان كان
في اثناء الشهر فالكل بالايام عند ابي حنيفة وهو رواية عن ابي يوسف وعند محمد الاول
بالايام والباقي بالاهلة لان الايام يصار اليها ضرورة وهي في الاول منها وله انه
متى تم الاول بالايام ابتدا الثاني بالايام ضرورة وهكذا الى آخر السنة ونظيره
العدة وقد مر في الطلاق قال ويجوز اخذ اجرة الحمام والحجام اما الحمام فلتعارف
الناس فلم يعتبر الجهالة لاجماع المسلمين قال عليه السلام ما رآه المسلمون حسنا
فهو عند الله حسن واما الحجام فلما روي انه عليه السلام احتجم واعطى الحجام الاجرة ولانه
استيجار على عمل معلوم باجر معلوم فيقع جائزا قال ولا يجوز اخذ اجرة عسب
التيس وهو ان يوجر فحلا لينزو على الاناث لقوله عليه السلام ان من السحت عسب التيس
والمراد اخذ الاجر عليه ولا يجوز الاستيجار على الاذان والحج وكذا الامامة وتعليم
القرآن والفقه والاصل ان كل طاعة يختص بها المسلم لا يجوز الاستيجار عليه عندنا
وعند الشافعي يصح في كل ما لا يتعين على الاجير لانه استيجار على عمل معلوم غير متعين

عليه فيجوز ولنا قوله عليه السلام اقرؤوا القران ولا تأكلوا به وفي آخر ما عهد رسول
الله عليه السلام عثمان بن ابي العاص وان اتخذت مؤذنا فلا تأخذ على الاذان اجرا ولان
القربة متى حصلت وقعت عن العامل ولهذا يعتبر اهليته فلا يجوز له اخذ الاجر من
غيره كما في الصوم والصلاة ولان التعليم مما لا يقدر المعلم عليه الا بمعنى من قبل المتعلم
فيكون ملتزما ما لا يقدر على تسليمه فلا يصح وبعض مشايخنا استحسنوا
الاستيجار على تعليم القران اليوم لانه ظهر التواني في الامور الدينية ففي الامتناع
تضييع حفظ القران وعليه الفتوى قال ولا يجوز الاستيجار على الغنا والنوح
وكذا في سائر الملاهي لانه استيجار على المعصية والمعصية لا تستحق بالعقد قال
ولا يجوز اجارة المشاع عند ابي يوسف الا من الشريك وقالا اجارة المشاع جائزة وصورته
ان يوجر نصيبا من داره او نصيبه من دار مشتركة من غير الشريك لهما ان للمشاع
منفعة ولهذا يجب اجر المثل والتسليم ممكن بالتخلية او بالتهايؤ فصار كما اذا آجر
من شريكه او من رجلين وصار كالبيع ولابي حنيفة انه آجر ما لا يقدر على تسليمه فلا يجوز
وهذا لان تسليم المشاع وحده لا يتصور والتخلية اعتبرت تسليما لوقوعه تمكينا
وهو الفعل الذي يحصل به التمكن ولا تمكن في المشاع بخلاف البيع لحصول التمكن فيه
واما التهايؤ فانما يستحق حكما للعقد بواسطة الملك وحكم العقد يعقبه المنفعة
والقدرة على التسليم شرط العقد وشرط الشيء يسبقه ولا يعتبر المتراخي سابقا واما اذا
آجر من شريكه فالكل يحدث على ملكه فلا شيوع والاختلاف في النسبة لا يضره على انه
لا يصح في رواية الحسن عنه وبخلاف الشيوع الطارئ لان القدرة على التسليم ليست بشرط
للبقاء وبخلاف ما اذا آجر من رجلين لان التسليم يقع جملة ثم الشيوع بتفرق الملك
فيما بينهما طارئ قال ويجوز استيجار الظئر باجرة معلومة لقوله تعالى فان ارضعن
لكم فآتوهن اجورهن ولان التعامل به كان جاريا في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وقبله
فاقرهم عليه ثم قيل ان العقد يقع على المنافع وهي خدمتها للصبي والقيام به
واللبن يستحق به على طريق التبع بمنزلة الصبغ في الثوب وقيل ان العقد يقع على
اللبن والخدمة تابعة ولهذا لو ارضعته بلبن شاة لا تستحق الاجر والاول اقرب الى
الفقه لان عقد الاجارة لا ينعقد على اتلاف الاعيان مقصودا كما اذا استاجر بقرة
ليشرب لبنها وسنبين العذر عن الارضاع بلبن الشاة ان شاء الله واذا ثبت ما ذكرنا
يصح اذا كانت الاجرة معلومة اعتبارا بالاستيجار على الخدمة قال ويجوز
بطعامها وكسوتها استحسانا عند ابي حنيفة وقالا لا يجوز لان الاجرة مجهولة
فصار كما اذا استاجرها للخبز والطبخ وله ان الجهالة فيه لا تفضي الى المنازعة لان
في العادة التوسعة على الاظآر شفقة على الاولاد فصار كبيع قفيز من صبرة بخلاف

الخبز

الخبز والطبخ لان الجهالة فيه تفضي الى المنازعة وفي الجامع الصغير فان سمى الطعام دراهم
ووصف جنس الكسوة واجلها وذرعها فهو جائز يعني بالاجماع ومعنى تسمية الطعام
دراهم ان يجعل الاجرة دراهم ثم يدفع الطعام مكانها وهذا لا جهالة فيه ولو سمى
الطعام وبين قدره جاز ايضا لما قلنا ولا يشترط تأجيله لان اوصافها اثمان ويشترط
بيان مكان الايفاء عند ابي حنيفة خلافا لهما وقد ذكرناه في البيوع وفي الكسوة
يشترط بيان الاجل ايضا مع بيان القدر والجنس لانه انما يصير دينا في الذمة اذا صار
مبيعا وانما يصير مبيعا عند الاجل كما في السلم قال وليس للمستاجر ان يمنع زوجها
من وطئها لان الوطء حق الزوج فلا يتمكن من ابطال حقه الا ترى ان له ان يفسخ الاجارة
اذا لم يعلم به صيانة لحقه الا ان المستاجر يمنعه عن غشيانها في منزله لان المنزل حقه
فان حبلت كان لهم ان يفسخوا الاجارة اذا خافوا على الصبي من لبنها لان لبن الحامل يفسد
الصبي ولهذا كان لهم الفسخ اذا مرضت ايضا وعليها ان تصلح طعام الصبي لان
العمل والحاصل انه يعتبر فيما لا نص عليه العرف في مثل هذا الباب فما جرى به العرف من
غسل ثياب الصبي واصلاح الطعام وغير ذلك على الظئر اما الطعام فعلى الوالد
وما ذكر عن محمد ان الدهن والريحان على الظئر فذلك من عادة اهل الكوفة وان ارضعته
في المدة بلبن شاة فلا اجر لها لانها لم تات بعمل مستحق عليها وهو الارضاع فان
هذا ايجار وليس بارضاع فانما لم يجب الاجر بهذا المعنى انه اختلف العمل قال
ومن دفع الى حائك غزلا لينسجه بالنصف فله اجر مثله وكذلك اذا استاجر حمارا
يحمل طعاما له بقفيز منه فالاجارة فاسدة لانه جعل الاجر بعض ما يخرج من عمله
فيصير في معنى قفيز الطحان وقد نهى النبي عليه السلام عنه وهو ان يستاجر ثورا ليطحن
له حنطة بقفيز من دقيقه وهذا اصل كبير يعرف به فساد كثير من الاجارات لا سيما في ديارنا
والمعنى فيه ان المستاجر عاجز عن تسليم الاجر وهو بعض المنسوج او المحمول وحصوله
بفعل الاجير فلا يعد هو قادرا بقدرة غيره وهذا بخلاف ما اذا استاجره ليحمل
نصف طعامه بالنصف الآخر حيث لا يجب الاجر لان المستاجر ملك الاجير في الحال
بالتعجيل فصار مشتركا بينهما ومن استاجر رجلا ليحمل طعاما مشتركا بينهما لا يجب
الاجر لان ما من جزء يحمله الا وهو عامل لنفسه فيه فلا يتحقق تسليم المعقود عليه قال
ولا يجاوز بالاجر قفيزا لانه لما فسدت الاجارة فالواجب الاقل مما سمى ومن اجر
المثل لانه رضي بحط الزيادة وهذا بخلاف ما اذا اشتركا في الاحتطاب حيث يجب
الاجر بالغا ما بلغ عند محمد لان المسمى هناك غير معلوم فلم يصح الحط ومن
استاجر رجلا ليخبز له هذه العشرة المخاتيم اليوم بدرهم فهو فاسد وهذا
عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد في الاجارات هو جائز لانه يجعل المعقود عليه

عملا ويجعل ذكر الوقت للاستعمال تصحيحا للعقد فترتفع الجهالة وله ان المعقود
عليه مجهول لان ذكر الوقت يوجب كون المنفعة معقودا عليها وذكر العمل يوجب كونه
معقودا عليه ولا ترجيح ونفع المستاجر في الثاني ونفع الاجير في الاول فيفضي الى
المنازعة وعن ابي حنيفة انه يصح الاجارة اذا قال في اليوم وقد سمى عملا لانه للظرف
فكان المعقود عليه العمل بخلاف قوله اليوم وقد مر مثله في الطلاق ومن استاجر
ارضا على ان يكربها ويزرعها او يسقيها ويزرعها فهو جائز لان الزراعة مستحقة
بالعقد ولا يتاتى الزراعة الا بالسقي والكراب فكان كل واحد منهما مستحقا وكل
شرط هذه صفته من مقتضيات العقد فذكره لا يوجب الفساد فان شرط ان يثنيها
او يكري انهارها فهو فاسد لانه يبقى اثره بعد انقضاء المدة وانه ليس من مقتضيات
العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين وما هذا حاله يوجب الفساد ولان مؤجر الارض
يصير مستاجرا منافع الاجير على وجه يبقى بعد المدة فيصير صفقتان في صفقة وهو منهي
عنه ثم قيل المراد بالتثنية ان يردها مكروبة ولا شبهة في فساده وقيل ان يكربها مرتين في
موضع يخرج الارض الريع بالكراب مرة والمدة سنة واحدة وان كانت ثلاث سنين
لا يبقى منفعته وليس المراد بكري الانهار الجداول بل المراد منها الانهار العظام هو
الصحيح لانه يبقى منفعته وليس المراد في العام القابل قال وان استاجرها ليزرعها
بزراعة ارض اخرى فلا خير فيه وقال الشافعي هو جائز وعلى هذا اجارة السكنى بالسكنى
والركوب بالركوب له ان المنافع بمنزلة الاعيان حتى جازت الاجارة باجرة دين
ولا يصير دينا بدين ولنا ان الجنس بانفراده يحرم النسا عندنا فصار كبيع القوهي بالقوهي
والى هذا اشار محمد ولان الاجارة جوزت بخلاف القياس للحاجة ولا حاجة عند
اتحاد الجنس بخلاف ما اذا اختلف جنس المنفعة وان كان الطعام بين رجلين فاستاجر
احدهما صاحبه او حمار صاحبه على ان يحمل نصيبه فحمل الطعام كله فلا اجر له وقال الشافعي
له المسمى لان المنفعة عين عنده وبيع العين شايعا جائز وصار كما اذا استاجر دارا مشتركة
بينه وبين غيره ليضع فيها الطعام او عبدا مشتركا ليخيط له الثياب ولنا انه
استاجره لعمل لا وجود له لان الحمل فعل حسي لا يتصور في الشايع بخلاف البيع
لانه تصرف حكمي واذا لم يتصور تسليم المعقود عليه لا يجب الاجر ولان ما من جزء يحمله
الا وهو شريك فيه فيكون عاملا لنفسه فلا يتحقق التسليم بخلاف الدار المشتركة
لان المعقود عليه هناك المنافع ويتحقق تسليمها بدون وضع الطعام وبخلاف
العبد لان المعقود عليه هناك المنافع ويتحقق تسليمها انما هو ملك نصيب صاحبه
وانه امر حكمي يمكن ايقاعه في الشايع ومن استاجر ارضا ولم يذكر انه يزرعها
او اي شيء يزرعها فالاجارة فاسدة لان الارض يستاجر للزراعة ولغيرها وكذا

ما يزرع

ما يزرع فيها مختلف فمنه ما يضر بالارض وما لا يضر بها غيره فلم يكن المعقود عليه معلوما
فان زرعها ومضى الاجل فله المسمى وهذا استحسان وفي القياس لا يجوز وهو قول
زفر لانه وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا وجه الاستحسان ان الجهالة ارتفعت قبل تمام
العقد فينقلب جائزا كما اذا ارتفعت في حالة العقد وصار كما اذا اسقط الاجل
المجهول قبل مضيه والخيار الزائد في المدة قال ومن استاجر حمارا الى بغداد
بدرهم ولم يسم ما يحمل عليه فحمل ما يحمل الناس فنفق في نصف الطريق فلا ضمان عليه
لان العين المستاجرة امانة في يد المستاجر وان كانت الاجارة فاسدة فان بلغ بغداد
فله الاجر المسمى استحسانا لما ذكرنا في المسئلة الاولى وقبل ان يزرع نقضت الاجارة
دفعا للفساد اذ الفساد قائم بعد والله اعلم **باب ضمان الاجير** قال الاجراء على ضربين
اجير مشترك واجير خاص فالمشترك من لا يستحق الاجرة حتى يعمل كالصباغ والقصار لان
المعقود عليه اذا كان هو العمل كان له ان يعمل للعامة لان منافعه لم تصر مستحقة لواحد
فمن هذا الوجه يسمى مشتركا قال والمتاع امانة في يده ان هلك لم يضمن شيئا عند ابي
حنيفة وزفر ويضمنه عندهما الا من شيء غالب كالحريق الغالب والعدو المكابر لهما ما
روي عن عمر وعلي رضي الله عنهما انهما كانا يضمنان الاجير المشترك ولان الحفظ مستحق عليه
اذ لا يمكنه العمل الا به فاذا هلك بسبب لا يمكن الاحتراز عنه كالموت حتف انفه والحريق الغالب
وغيره لانه لا تقصير من جهته ولابي حنيفة ان العين امانة في يده لان القبض حصل باذنه
ولهذا لو هلك بسبب لا يمكن الاحتراز عنه لا يضمنه ولو كان مضمونا لضمنه كما في الغصب
والحفظ مستحق عليه تبعا لا مقصودا ولهذا لا يقابله الاجر بخلاف المودع بالاجر لان الحفظ
مستحق عليه مقصودا حتى يقابله الاجر قال وما تلف بعمله كتخريق الثوب من دقه
وزلق الحمال وانقطاع الحبل الذي يشد به المكاري الحمل وغرق السفينة من مده مضمون
عليه وقال زفر والشافعي لا ضمان عليه لانه امره بالفعل مطلقا فينتظمه بنوعيه المعيب
والسليم وصار كاجير الوحد ومعين القصار ولنا ان الداخل تحت الاذن ما هو الداخل
تحت العقد وهو العمل الصالح لانه هو الوسيلة الى الاثر وهو المعقود عليه حقيقة
حتى لو حصل بفعل الغير يجب الاجر فلم يكن المفسد ماذونا فيه بخلاف المعين لانه متبرع فلا يمكن
تقييده بالصلح لانه يمتنع عن التبرع وفيما نحن فيه يعمل بالاجر فامكن تقييده وبخلاف اجير
الوحد على ما نذكره ان شاء الله وانقطاع الحبل من قلة اهتمامه فكان من صنيعه قال الا
انه لا يضمن به بني آدم ممن غرق في السفينة او سقط من الدابة وان كان بسوقه او قوده لان
الواجب ضمان الآدمي وانه لا يجب بالعقد وانما يجب بالجناية ولهذا يجب على العاقلة وضمان
العقود لا يتحمله العاقلة قال واذا استاجر من يحمل له دنا من الفرات فوقع في

بعض الطريق فانكسر فان شا ضمنه قيمته في المكان الذي حمله فيه ولا اجر له وان شا ضمنه
قيمته في الموضع الذي انكسر فيه واعطاه اجره بحسابه اما الضمان فلما قلنا والسقوط
بالعثار او بانقطاع الحبل وكل ذلك من صنيعه لانه تلف بصنعه واما الخيار فلانه اذا انكسر في
الطريق والحمل شي واحد تبين انه وقع تعديا من الابتداء من هذا الوجه وله وجه آخر
وهو ان ابتداء الحمل حصل باذنه فلم يكن تعديا وانما صار تعديا عند الكسر فيميل الى
اي الوجهين شا وفي الوجه الثاني له الاجر بقدر ما استوفى وفي الاول لا اجر له
لانه ما استوفى اصلا قال واذا فصد الفصاد او بزغ البزاغ ولم يتجاوز الموضع
المعتاد فلا ضمان عليه فيما عطب من ذلك وفي الجامع الصغير بيطار بزغ دابة بدانق
فنفقت وحجام حجم عبدا بامر مولاه فمات فلا ضمان عليه وفي كل واحد من العبارتين نوع
بيان ووجهه انه لا يمكنه التحرز عن السراية لانه يبتنى على قوة الطباع وضعفها في تحمل الالم
فلم يمكن التقييد بالمصلح من العمل ولا كذلك دق الثوب ونحوه مما قدمنا لان قوة الثوب
في تحمل الدق ورقته يعرف بالاجتهاد فامكن القول بالتقييد قال والاجير الخاص
الذي يستحق الاجرة بتسليم نفسه بالمدة وان لم يعمل كمن استوجر شهرا للخدمة او لرعي
الغنم وانما سمي اجير وحد لانه لا يمكنه ان يعمل لغيره لان منافعه في المدة صارت مستحقة
له والاجر مقابل بالمنافع ولهذا يبقى الاجر وان نقض العمل قال ولا ضمان على
الاجير الخاص فيما تلف في يده ولا ما تلف من عمله اما الاول فلان العين امانة في
يده لانه قبض باذنه وهذا ظاهر عنده وكذا عندهما لان تضمين الاجير المشترك نوع
استحسان عندهما لصيانة اموال الناس واجير الوحد لا يتقبل الاعمال فيكون السلامة
غالبا فيؤخذ فيه بالقياس واما الثاني فلان المنافع متى صارت مملوكة للمستاجر فاذا
امره بالتصرف في ملكه صح ويصير نائبا منابه فصار فعله منقولا اليه كانه فعل بنفسه
فلهذا لا يضمنه

باب الاجارة

على احد الشرطين واذا قال للخياط ان خطت هذا الثوب
فارسيا فبدرهم وان خطته روميا فبدرهمين جاز واي العملين عمل استحق الاجر وكذا
اذا قال للصباغ ان صبغته بعصفر فبدرهم وان صبغته بزعفران فبدرهمين وكذا اذا
خيره بين شيئين بان قال اجرتك هذه الدار شهرا بخمسة او هذه الدار الاخرى
بعشرة وكذا اذا خيره بين مسافتين مختلفتين بان قال اجرتك هذه الدابة الى الكوفة
بكذا او الى واسط بكذا وكذا اذا خيره بين ثلثة اشيا وان خيره بين اربعة لم يجز والمعتبر في
جميع ذلك البيع والجامع دفع الحاجة غير انه لا بد من اشتراط الخيار في البيع وفي خيار الشرط لا يشترط
ذلك لان الاجرة انما تجب بالعمل وعند ذلك يصير المعقود عليه معلوما وفي البيع يجب الثمن
بنفس العقد فيتحقق الجهالة على وجه لا ترتفع المنازعة الا باثبات الخيار ولو قال ان خطته

اليوم

اليوم فبدرهم وان خطته غدا فبنصف درهم وان خاطه اليوم فله درهم وان خاطه غدا
فله اجر مثله عند ابي حنيفة لا يجاوز به نصف درهم وفي الجامع الصغير لا ينقص من نصف
درهم ولا يزاد على درهم وقال ابو يوسف ومحمد الشرطان جائزان وقال زفر الشرطان فاسدان
لان الخياطة شي واحد قد ذكر في مقابلته بدلان على البدل ولهما ان ذكر اليوم للتاقيت
وذكر الغد للتعليق فلا يجتمع في كل يوم تسميتان ولان التعجيل والتاخير مقصود فنزل
منزلة اختلاف النوعين ولابي حنيفة ان ذكر الغد للتعليق حقيقة ولا يمكن حمل اليوم على
التاقيت لان فيه فساد العقد لاجتماع الوقت والعمل واذا كان كذلك يجتمع في الغد
تسميتان دون اليوم فيصح الاول ويجب المسمى ويفسد الثاني ويجب اجر المثل لا يجاوز به
نصف درهم لانه هو المسمى في اليوم الثاني وفي الجامع الصغير لا يزاد على درهم ولا ينقص من نصف
درهم لان التسمية الاولى لا تنعدم في اليوم الثاني فيعتبر لمنع الزيادة وتعتبر التسمية الثانية
لمنع النقصان فان خاطه في اليوم الثالث لا يجاوز به نصف درهم عند ابي حنيفة هو الصحيح لانه
اذا لم يرض بالتاخير الى الغد فبالزيادة عليه الى ما بعد الغد اولى ولو قال ان سكنت في هذا
الدكان عطارا فبدرهم وان اسكنته حدادا فبدرهمين جاز واي الامرين فعل استحق المسمى
فيه وقالا الاجارة فاسدة وكذلك اذا استاجر بيتا على انه ان سكن فيه فبدرهم وان اسكن فيه
حدادا فبدرهمين فهو جائز عند ابي حنيفة وقالا لا يجوز ومن استاجر دابة الى الحيرة بدرهم
وان جاوز بها الى القادسية فبدرهمين فهو جائز ويحتمل الخلاف وان استاجرها الى الحيرة على انه
ان حمل عليها كر شعير فبنصف درهم وان حمل عليها كر حنطة فبدرهم فهو جائز في قول ابي حنيفة
وقالا لا يجوز وجه قولهما ان المعقود عليه وكذا الاجر احد الشيئين وهو مجهول والجهالة توجب
الفساد بخلاف الخياطة الرومية والفارسية لان الاجر يجب بالعمل وعنده ترتفع الجهالة اما في
هذه المسائل يجب الاجر بالتخلية والتسليم فيبقى وهذا الحرف هو الاصل عندهما ولابي حنيفة
انه خيره بين عقدين صحيحين مختلفين فيصح كما في مسئلة الرومية والفارسية وهذا لان سكناه بنفسه
يخالف سكنى الحداد الا ترى انه لا يدخل ذلك في مطلق العقد وكذا في اخواتها والاجارة تعقد
للانتفاع وعنده ترتفع الجهالة ولو احتيج الى الايجاب بمجرد التسليم يجب اقل الاجرين للتيقن
به

باب اجارة العبد

قال ومن استاجر عبدا للخدمة فليس له ان يسافر به الا ان
يشترط ذلك لان خدمة السفر اشتملت على زيادة مشقة فلا ينتظمها الاطلاق ولهذا جعل السفر
عذرا فلا بد من اشتراطه كاسكان الحداد والقصار في الدار ولان التفاوت بين الخدمتين فاحش
فاذا تعين الخدمة في الحضر لا يبقى غيره داخلا كما في الركوب ومن استاجر عبدا محجورا عليه شهرا
واعطاه الاجر فليس للمستاجر ان ياخذ منه الاجر والاصل ان الاجارة صحيحة استحسانا اذا فرغ
من العمل والقياس انه لا يجوز لانعدام اذن المولى وقيام الحجر وصار كما اذا هلك العبد و

بعض الطريق فانكسر فان شاء ضمنه قيمته في المكان الذي حمله فيه ولا اجر له وان شاء ضمنه
قيمته في الموضع الذي انكسر فيه واعطاه اجره بحسابه اما الضمان فلما قلنا والسقوط
بالعثار او بانقطاع الحبل وكل ذلك من صنيعه لانه تلف بصنعه واما الخيار فلانه اذا انكسر في
الطريق والحمل شيء واحد تبين انه وقع تعديا من الابتداء من هذا الوجه وله وجه آخر
وهو ان ابتداء الحمل حصل باذنه فلم يكن تعديا وانما صار تعديا عند الكسر فيميل الى
اي الوجهين شاء وفي الوجه الثاني له الاجر بقدر ما استوفى وفي الاول لا اجر له
لانه ما استوفى اصلا قال واذا فصد الفصاد او بزغ البزاغ ولم يتجاوز الموضع
المعتاد فلا ضمان عليه فيما عطب من ذلك وفي الجامع الصغير بيطار بزغ دابة بدانق
فنفقت وحجام حجم عبدا بامر مولاه فمات فلا ضمان عليه وفي كل واحد من العبارتين نوع
بيان ووجهه انه لا يمكنه التحرز عن السراية لانه يبتنى على قوة الطباع وضعفها في تحمل الالم
فلم يمكن التقييد بالمصلح من العمل ولا كذلك دق الثوب ونحوه مما قدمنا لان قوة الثوب
في تحمل الدق ورقته يعرف بالاجتهاد فامكن القول بالتقييد قال والاجير الخاص
الذي يستحق الاجرة بتسليم نفسه بالمدة وان لم يعمل كمن استؤجر شهرا للخدمة او لرعي
الغنم وانما سمي اجير وحد لانه لا يمكنه ان يعمل لغيره لان منافعه في المدة صارت مستحقة
له والاجر مقابل بالمنافع ولهذا يبقى الاجر مستحقا وان نقض العمل قال ولا ضمان على
الاجير الخاص فيما تلف في يده ولا ما تلف من عمله اما الاول فلان العين امانة في
يده لانه قبض باذنه وهذا ظاهر عنده وكذا عندهما لان تضمين الاجير المشترك نوع
استحسان عندهما لصيانة اموال الناس واجير الوحد لا يتقبل الاعمال فيكون السلامة
غالبا فيؤخذ فيه بالقياس واما الثاني فلان المنافع متى صارت مملوكة للمستاجر فاذا
امره بالتصرف في ملكه صح ويصير نائبا منابه فصار فعله منقولا اليه كانه فعل بنفسه
فلهذا لا يضمنه **باب الاجارة** على احد الشرطين واذا قال للخياط ان خطت هذا الثوب
فارسيا فبدرهم وان خطته روميا فبدرهمين جاز واي العملين عمل استحق الاجر به وكذا
اذا قال للصباغ ان صبغته بعصفر فبدرهم وان صبغته بزعفران فبدرهمين وكذا اذا
خيره بين شيئين بان قال اجرتك هذه الدار شهرا بخمسة او هذه الدار الاخرى
بعشرة وكذا اذا خيره بين مسافتين مختلفتين بان قال اجرتك هذه الدابة الى الكوفة
بكذا او الى واسط بكذا وكذا اذا خيره بين ثلاثة اشياء وان خيره بين اربعة لم يجز والمعتبر في
جميع ذلك البيع والجامع دفع الحاجة غير انه لا بد من اشتراط الخيار في البيع وفي الاجارة لا يشترط
ذلك لان الاجر انما يجب بالعمل وعند ذلك يصير المعقود عليه معلوما وفي البيع يجب الثمن
بنفس العقد فيتحقق الجهالة على وجه لا ترتفع المنازعة الا باثبات الخيار ولو قال ان خطته

اليوم فبدرهم وان خطته غدا فبنصف درهم وان خاطه اليوم فله درهم وان خاطه غدا
فله اجر مثله عند ابي حنيفة لا يجاوز به نصف درهم وفي الجامع الصغير لا ينقص من نصف
درهم ولا يزاد على درهم وقال ابو يوسف ومحمد الشرطان جائزان وقال زفر الشرطان فاسدان
لان الخياطة شيء واحد وقد ذكر في مقابلته بدلان على البدل وهما ان ذكر اليوم للتاقيت
وذكر الغد للتعليق فلا يجتمع في كل يوم تسميتان ولان التعجيل والتاخير مقصود فنزل
منزلة اختلاف النوعين ولابي حنيفة ان ذكر الغد للتعليق حقيقة ولا يمكن حمل اليوم على
التاقيت لان فيه فساد العقد لاجتماع الوقت والعمل واذا كان كذلك يجتمع في الغد
تسميتان دون اليوم فيصح الاول ويجب المسمى ويفسد الثاني ويجب اجر المثل لا يجاوز به
نصف درهم لانه هو المسمى في اليوم الثاني وفي الجامع الصغير لا يزاد على درهم ولا ينقص من نصف
درهم لان التسمية الاولى لا تنعدم في اليوم الثاني فيعتبر لمنع الزيادة وتعتبر التسمية الثانية
لمنع النقصان فان خاطه في اليوم الثالث لا يجاوز به نصف درهم عند ابي حنيفة هو الصحيح لانه
اذا لم يرض بالتاخير الى الغد فبالزيادة عليه الى ما بعد الغد اولى ولو قال ان سكنت في هذا
الدكان عطارا فبدرهم وان اسكنته حدادا فبدرهمين جاز واي الامرين فعل استحق المسمى
فيه وقالا الاجارة فاسدة وكذلك اذا استاجر بيتا على انه ان سكن فيه فبدرهم وان اسكن فيه
حدادا فبدرهمين فهو جائز عند ابي حنيفة وقالا لا يجوز ومن استاجر دابة الى الحيرة بدرهم
وان جاوز بها الى القادسية فبدرهمين فهو جائز ويحتمل الخلاف وان استاجرها الى الحيرة على
انه ان حمل عليها كر شعير فبنصف درهم وان حمل عليها كر حنطة فبدرهم فهو جائز في قول ابي حنيفة
وقالا لا يجوز وجه قولهما ان المعقود عليه وكذا الاجر احد الشيئين وهو مجهول والجهالة توجب
الفساد بخلاف الخياطة الرومية والفارسية لان الاجر يجب بالعمل وعنده ترتفع الجهالة اما في
هذه المسائل يجب الاجر بالتخلية والتسليم فتبقى الجهالة وهذا الحرف هو الاصل عندهما ولابي حنيفة
انه خيره بين عقدين صحيحين مختلفين فيصح كما في مسئلة الرومية والفارسية وهذا لان سكناه بنفسه
يخالف اسكانه الحداد لانه لا يدخل ذلك في مطلق العقد وكذا في اخواتها والاجارة تعقد
للانتفاع وعنده ترتفع الجهالة ولو احتيج الى الايجاب بمجرد التسليم يجب اقل الاجرين للتيقن
به **باب اجارة العبد** قال ومن استاجر عبدا للخدمة فليس له ان يسافر به الا ان
يشترط ذلك لان خدمة السفر اشتملت على زيادة مشقة فلا ينتظمها الاطلاق ولهذا جعل السفر
عذرا فلا بد من اشتراطه كاسكان الحداد والقصار في الدار ولان التفاوت بين الخدمتين ظاهر
فاذا تعين الخدمة في الحضر لا يبقى غيره داخلا كما في الركوب ومن استاجر عبدا محجورا عليه شهرا
واعطاه الاجر فليس للمستاجر ان ياخذ منه الاجر والاصل ان الاجارة صحيحة استحسانا اذا فرغ
من العمل والقياس ان لا يجوز لانعدام اذن المولى وقيام الحجر وصار كما اذا هلك العبد وجه

الاستحسان ان التصرف نافع على اعتبار الفراغ سالما ضار على اعتبار هلاك العبد والنافع
مأذون فيه كقبول الهبة واذا جاز لم يكن للمستاجر ان ياخذه ومن غصب عبدا فآجر العبد نفسه
فاخذ الغاصب الاجر فاكله فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة وقالا هو ضامن لانه اكل مال المالك بغير اذنه
اذ الاجارة قد صحت على ما مر وله ان الضمان وجب باتلاف مال محرز لان التقوم به وهذا
غير محرز في حق الغاصب لان العبد لا يحرز نفسه عنه فكيف يحرز ما في يده وان وجد المولى الاجر
قائما بعينه اخذه لانه وجد عين ماله ويجوز قبض العبد الاجر في قولهم جميعا لانه مأذون له
في التصرف على اعتبار الفراغ على ما مر ومن استاجر عبدا هذين الشهرين شهرا باربعة وشهرا
بخمسة فهو جائز والاول منهما باربعة لان الشهر المذكور اولا ينصرف الى ما يلي العقد تحريا للجواز او
نظرا الى تنجز الحاجة فينصرف الثاني الى ما يلي الاول ضرورة ومن استاجر عبدا شهرا بدرهم فقبضه
في اول الشهر ثم جاء آخر الشهر وهو آبق او مريض فقال المستاجر ابق او مرض حين اخذته وقال المولى لم
يكن ذلك الا قبل ان تاتيني بساعة فالقول قول المستاجر وان جاء به وهو صحيح فالقول قول
الموجر لانهما اختلفا في امر محتمل فيترجح بحكم الحال اذ هو دليل على قيامه من قبل وهو يصلح مرجحا
ان لم يصلح حجة في نفسه اصله الاختلاف في جريان ماء الطاحونة وانقطاعه والله اعلم **باب الاختلاف**
الاختلاف قال واذا اختلف الخياط وصاحب الثوب فقال صاحب الثوب امرتك ان
تعمله قباء وقال الخياط قميصا او قال صاحب الثوب للصباغ امرتك ان تصبغه احمر فصبغته
اصفر وقال الصباغ لا بل امرتني اصفر فالقول لصاحب الثوب لان الاذن يستفاد من جهته
الا ترى انه لو انكر اصل الاذن كان القول قوله فكذا اذا انكر صفته لكن يحلف لانه انكر شيئا لو اقر به
يلزمه قال واذا حلف فالخياط ضامن ومعناه ما مر من قبل انه بالخيار ان شاء ضمنه و
ان شاء اخذ الثوب واعطاه اجر مثله وكذا يخير في مسئلة الصبغ اذا حلف ان شاء ضمنه قيمة
الثوب ابيض وان شاء اخذ الثوب واعطاه اجر مثله لا يجاوز به المسمى وذكر في بعض النسخ ضمنه
ما زاد الصبغ فيه لانه بمنزلة الغصب وان قال صاحب الثوب عملته لي بغير اجر وقال الصانع باجر
فالقول قول صاحب الثوب لانه ينكر تقوم عمله اذ هو يتقوم بالعقد وينكر الضمان والصانع
يدعيه والقول قول المنكر وقال ابو يوسف ان كان الرجل حريفا له اي خليطا له فله الاجر والا فلا
لان سبق ما بينهما يعين جهة الطلب باجر جريا على معتادهما وقال محمد ان كان الصانع معروفا
بهذه الصنعة بالاجر فالقول قوله لانه لما فتح الحانوت لاجله جرى ذلك مجرى التنصيص
على الاجر اعتبارا للظاهر والقياس ما قاله ابو حنيفة لانه منكر والجواب عن استحسانهما ان الظاهر
للدفع والحاجة ههنا الى الاستحقاق **باب فسخ الاجارة** قال ومن استاجر دارا فوجد بها
عيبا يضر بالسكنى فله الفسخ لان المعقود عليه المنافع وانها توجد شيئا فشيئا وكان هذا عيبا حادثا
قبل القبض فيوجب الخيار كما في البيع ثم المستاجر اذا استوفى المنفعة فقد رضي بالعيب فيلزمه

جميع

جميع البدل كما في البيع وان فعل الموجر ما ازال به العيب فلا خيار للمستاجر لزوال السبب
واذا خربت الدار او انقطع شرب الضيعة او انقطع الماء عن الرحا انفسخت الاجارة لان المعقود عليه
قد فات وهي المنافع المخصوصة قبل القبض فشابه فوت المبيع قبل القبض وموت العبد المستاجر
ومن اصحابنا من قال ان العقد لا ينفسخ لان المنافع فاتت على وجه يتصور عودها فاشبه
الاباق في المبيع وعن محمد ان الآجر لو بناها ليس للمستاجر ان يمتنع ولا للآجر وهذا تنصيص منه
على انه لم ينفسخ لكنه يفسخ ولو انقطع ماء الرحا والبيت مما ينتفع به لغير الطحن فعليه من الاجر
بحصته لانه جزء من المعقود عليه واذا مات احد المتعاقدين وقد عقد الاجارة لنفسه انفسخت
الاجارة لانه لو بقي العقد يصير المنفعة المملوكة او الاجرة المملوكة لغير العاقد مستحقة بالعقد
لانه ينتقل بالموت الى الوارث وذلك لا يجوز وان عقدها لغيره لم ينفسخ مثل الوكيل
والوصي والمتولي في الوقف لانعدام ما اشرنا اليه من المعنى قال ويصح شرط الخيار
في الاجارة وقال الشافعي لا يصح لان المستاجر لا يمكنه رد المعقود عليه بكماله لو كان
الخيار له لفوات بعضه ولو كان للموجر فلا يمكنه التسليم ايضا على الكمال وكل ذلك يمنع الخيار
ولنا انه عقد معاملة لا يستحق القبض فيه في المجلس فجاز اشتراط الخيار فيه كالبيع
والجامع دفع الحاجة وفوات بعض المعقود عليه في الاجارة لا يمنع الرد بخيار العيب فكذا بخيار
الشرط بخلاف البيع وهذا لان رد الكل ممكن في البيع دون الاجارة فيشترط فيه دونها
ولهذا يجبر المستاجر على القبض اذا سلم الموجر بعد مضي بعض المدة قال وتفسخ الاجارة
بالاعذار عندنا وقال الشافعي لا يفسخ الا بالعيب لان المنافع عنده بمنزلة الاعيان حتى
يجوز العقد عليها فاشبه البيع ولنا ان المنافع غير مقبوضة وهي المعقود عليها فصار
العذر في الاجارة كالعيب قبل القبض في البيع فيفسخ به اذ المعنى يجمعهما وهو عجز العاقد
عن المضي في موجبه الا بتحمل ضرر زائد لم يستحق به وهذا هو معنى العذر عندنا وهو كمن استاجر
حدادا ليقلع ضرسه لوجع به فسكن الوجع او استاجر طباخا ليطبخ له طعام الوليمة فاختلعت
منه تنفسخ الاجارة لان في المضي عليه الزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد وكذا من استاجر دكانا
في السوق ليتجر فيه فذهب ماله وكذا من آجر دكانا او دارا ثم افلس ولزمته ديون لا يقدر
على قضائها الا من ثمن ما آجر فسخ القاضي العقد وباعها في الدين لان في الجري على موجب
العقد الزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد وهو الحبس لانه قد لا يصدق على عدم مال
آخر ثم قوله فسخ القاضي اشارة الى انه يفتقر الى قضاء القاضي في النقض وهكذا ذكر في
الزيادات في عذر الدين وقال في الجامع الصغير وكل ما ذكرنا انه عذر فان الاجارة فيه تنتقض
وهذا يدل على انه لا يحتاج فيه الى قضاء القاضي ووجهه ان هذا بمنزلة العيب قبل القبض في
المبيع على ما مر فينفرد العاقد بالفسخ ووجه الاول انه فصل مجتهد فيه فلا بد من الزام القاضي

ومنهم من وفق فقال اذا كان العذر ظاهرا لا يحتاج الى القضاء وان كان غير ظاهر يحتاج
يحتاج الى القضاء لظهور العذر ومن استاجر دابة ليسافر عليها ثم بدا له من السفر فهو عذر
لانه لو مضى على موجب العقد يلزمه ضرر زائد لانه ربما يذهب للحج فذهب وقته او في طلب
غريمه فحضر او للتجارة فافتقر وان بدا للمكاري فليس ذلك بعذر لانه يمكنه ان يقعد
ويبعث الدواب على يد تلميذه او اجيره ولو مرض المؤجر فقعد فكذا الجواب على رواية
الاصل وروى الكرخي انه عذر لانه لا يعرى عن ضرر فيدفع عنه عند الضرورة دون الا
ختيار ومن آجر عبدا ثم باعه فليس بعذر لانه لا يلزمه الضرر بالمضي على موجب العقد
وانما يفوته الاسترباح وانه امر زائد واذا استاجر الخياط غلاما فافلس وترك العمل
فهو عذر لانه يلزمه الضرر بالمضي على موجب العقد لفوت مقصوده وهو رأس ماله
وتاويل المسئلة خياط يعمل لنفسه اما الذي يخيط باجر فراس ماله الخيط والمخيط والمقراض
فلا يتحقق الافلاس فيه وان اراد ترك الخياطة وان يعمل في الصرف فليس بعذر لانه يمكنه ان
يقعد الغلام للخياطة في ناحية وهو يعمل الصرف في ناحية وهذا بخلاف ما اذا استاجر
دكانا للخياطة فاراد ان يتركها ويشتغل بعمل آخر حيث جعله عذرا ذكره في الاصل لان الواحد
لا يمكنه الجمع بين العملين اما ههنا العامل شخصان فامكنهما ومن استاجر غلاما يخدمه
في المصر ثم سافر فهو عذر لانه لا يعرى عن الزام ضرر زائد لان خدمة السفر اشق وفي المنع
من السفر ضرر وكل ذلك لم يستحق بالعقد فيكون عذرا وكذا اطلق لما انه يتقيد بالحضر
بخلاف ما اذا آجر العقار ثم سافر لانه لا ضرر اذ المستاجر يمكنه استيفاء المنفعة بعد غيبته
حتى لو اراد المستاجر السفر فهو عذر لما فيه من المنع من السفر او الزام الاجر بدون السكنى
وذلك ضرر **مسائل منثورة** قال ومن استاجر ارضا او استعارها فاحرق الحصائد
فاحترق شيء في ارض اخرى فلا ضمان عليه لانه غير متعد في هذا التسبب فاشبه حافر البئر
في دار نفسه وقيل هذا اذا كانت الرياح هادئة ثم تغيرت اما اذا كانت مضطربة يضمن لان
موقد النار يعلم انها لا تستقر في ارضه قال واذا اقعد الخياط او الصباغ في حانوته
من يطرح عليه العمل بالنصف فهو جائز لان هذه شركة الوجوه في الحقيقة فهذا بوجاهته
يتقبل وهذا بحذاقته يعمل فينتظم بذلك المصلحة فلا تضر الجهالة فيما يحصل ومن استاجر جملا
يحمل عليه محملا وراكبين الى مكة جاز وله المحمل المعتاد وفي القياس لا يجوز وهو قول الشافعي
للجهالة وهو يفضي الى المنازعة وجه الاستحسان ان المقصود الراكب وهو معلوم
والمحمل تابع وما فيه من الجهالة ترتفع بالصرف الى المتعارف فلا يفضي الى المنازعة وكذا اذا
لم ير الوطاء والدثر قال وان شاهد الجمال المحمل فهو اجود لانه انفى للجهالة واقرب
الى تحقق الرضا قال وان استاجر بعيرا ليحمل عليه مقدارا من الزاد فاكل منه في الطريق

جاز ان يرد عوض ما اكل لانه استحق عليه حملا مسمى في جميع الطريق فله ان يستوفيه وكذا
غير الزاد من المكيل والموزون ورد الزاد معتاد عند البعض كرد الماء فلا مانع من العمل باطلاق
كتاب المكاتب قال اذا كاتب عبده او امته على مال شرطه عليه وقبل العبد ذلك صار
مكاتبا اما الجواز فلقوله تعالى فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا وليس هذا امر ايجاب باجماع
بين الفقهاء وانما هو امر ندب وهو الصحيح ففي الحمل على الاباحة الغاء الشرط اذ هو مباح بدونه
اما الندبية معلقة به والمراد بالخير المذكور على ما قيل ان لا يضر بالمسلمين بعد العتق
فان كان يضرهم فالافضل ان لا يكاتبه وان كان يصح لو فعله واما اشتراط قبول العبد
فلانه مال يلزمه فلا بد من التزامه ولا يعتق الا باداء كل البدل لقوله عليه السلام ايما عبد
كوتب على مائة دينار فاداها الا عشرة دنانير فهو عبد وقال عليه السلام المكاتب عبد ما
بقي عليه درهم وفيه اختلاف الصحابة وما اخترناه قول زيد رضي الله عنه ويعتق باداه
وان لم يقل المولى اذا اديتها فانت حر لان موجب العقد يثبت من غير التصريح به كما في البيع
ولا يجب حط شيء من البدل اعتبارا بالبيع ويجوز ان يشترط المال حالا ويجوز مؤجلا ومنجما
وقال الشافعي لا يجوز حالا ولا بد من نجمين لانه عاجز عن التسليم في زمان قليل لعدم
الاهلية قبله للرق بخلاف السلم على اصله لانه اهل للملك فكان احتمال القدرة ثابتا
وقد دل الاقدام على العقد عليها فيثبت به ولنا ظاهر ما تلونا من غير شرط التنجيم ولانه عقد
معاوضة والبدل معقود به فاشبه الثمن في البيع في عدم اشتراط القدرة عليه بخلاف
السلم على اصلنا لان المسلم فيه معقود عليه فلا بد من القدرة عليه ولان مبنى الكتابة على
المساهلة فيمهله المولى ظاهرا بخلاف السلم لان مبناه على المضايقة وفي الحال كما امتنع
من الاداء يرد في الرق قال ويجوز كتابة العبد الصغير اذا كان يعقل البيع والشراء
لتحقق الايجاب والقبول اذ العاقل من اهل القبول والتصرف نافع في حقه والشافعي
يخالفنا فيه وهو بناء على مسئلة اذن الصبي في التجارة وهذا بخلاف ما اذا كان لا يعقل
البيع والشراء لان القبول لا يتحقق منه فلا ينعقد العقد حتى لو ادى عنه غيره لا يعتق و
يسترد ما دفع ومن قال لعبده جعلت عليك الفا تؤديها الي نجوما اول النجم كذا و
آخرها كذا فاذا اديتها فانت حر وان عجزت فانت رقيق فان هذه مكاتبة لانه اتى بتفسير
الكتابة ولو قال اذا اديت الي الفا كل شهر مائة فانت حر فهذه كتابة في رواية ابي سليمان
لان التنجيم يدل على الوجوب وذلك بالكتابة وفي رواية ابي حفص لا يكون مكاتبة اعتبارا
بالتعليق بالاداء مرة قال واذا صحت الكتابة خرج المكاتب من يد المولى ولم يخرج من ملكه
اما الخروج من يده فلتحقيق معنى الكتابة وهو الضم فيضم مالكية يده الى مالكية نفسه
او لتحقيق مقصود الكتابة وهو اداء البدل فيملك البيع والشراء والخروج الى السفر وان

لانه المولى وما عدم الخروج من ملكه فلما روينا ولانه عقد معاوضة ومبناه على المساواة
وينعدم ذلك بتنجز العتق ويتحقق بتأخره لانه يثبت له نوع مالكية ويثبت له في الذمة
حق من وجه فان اعتقه عتق بعتقه لانه مالك لرقبته وسقط عنه بدل الكتابة لانه
ما التزمه الا مقابلا بحصول العتق به وقد حصل دونه قال واذا وطئ المولى مكاتبته
لزمه العقر لانها صارت اخص باجزائها توسلا الى المقصود وهو الوصول الى البدل
من جانبه والى الحرية من جانبها بناء عليه ومنافع البضع ملحقة بالاجزاء والاعيان وان جنى
عليها او على ولدها لزمته الجناية لما بينا وان اتلف مالا لها غرم لان المولى كالاجنبي في
حق اكسابه ونفسه اذ لو لم يجعل كذلك لاتلفه المولى فيمتنع حصول الغرض المبتغى
بالعقد **فصل** في الكتابة الفاسدة واذا كاتب المسلم عبده على خمر او خنزير او على
قيمة نفسه فالكتابة فاسدة اما الاول فلان الخمر والخنزير لا يستحقه المسلم لانه ليس
بمال في حقه فلا يصلح بدلا فيفسد العقد واما الثاني فلان القيمة مجهولة قدرا وجنسا
ووصفا فتفاحشت الجهالة وصار كما اذا كاتب على ثوب او دابة ولانه تنصيص على ما هو
موجب العقد الفاسد لانه موجب للقيمة قال فان ادى الخمر عتق وقال زفر رحمه الله
لا يعتق الا باداء قيمة الخمر لان البدل هو القيمة وعن ابي يوسف انه يعتق باداء الخمر لانه
بدل صورة ويعتق باداء القيمة ايضا لانه هو البدل معنى وعن ابي حنيفة انه انما يعتق
باداء عين الخمر اذا قال ان اديتها فانت حر لانه حينئذ يكون العتق بالشرط وصار كما اذا كاتب
على ميتة او دم ولا فصل في ظاهر الرواية ووجه الفرق بينهما وبين الميتة ان الخمر والخنزير
مال في الجملة فامكن اعتبار معنى العقد فيه وموجبه العتق عند اداء العوض المشروط
اما الميتة فليست بمال اصلا فلا يمكن اعتبار معنى العقد فيه فاعتبر فيه معنى الشرط وذلك
بالتنصيص عليه واذا عتق باداء عين الخمر لزمه ان يسعى في قيمته لانه وجب عليه رد رقبته
لفساد العقد وقد تعذر بالعتق فيجب رد قيمته كما في البيع الفاسد اذا تلف المبيع
قال ولا ينقص عن المسمى ويزاد عليه لانه عقد فاسد فيجب القيمة عند هلاك المبدل
بالغة ما بلغت كما في البيع الفاسد وهذا لان المولى ما رضي بالنقصان والعبد رضي
بالزيادة كيلا يبطل حقه في العتق اصلا فيجب بالغة ما بلغت وفيما اذا كاتبه على قيمته يعتق
باداء القيمة لانه هو البدل وامكن اعتبار معنى العقد فيه واثر الجهالة في الفساد بخلاف
ما اذا كاتبه على ثوب حيث لا يعتق باداء ثوب لانه لا يوقف فيه على مراد العاقد لاختلاف
اجناسه فلا يثبت العتق بدون ارادته قال وكذلك ان كاتبه على شيء بعينه لغيره
لم يجز لانه لا يقدر على تسليمه ومراده شيء يتعين بالتعيين حتى لو قال كاتبتك على هذه
الالف الدرهم وهي لغيره جاز لانها لا تتعين في المعاوضات فيتعلق بدراهم دين في الذمة

يجوز وعن ابي حنيفة رواية الحسن انه يجوز حتى اذا ملكه وسلم يعتق وان عجز يرد في الرق لان
المسمى مال والقدرة على التسليم موهوم فاشبه الصداق قلنا العين في المعاوضات
معقود عليه والقدرة على المعقود عليه شرط الصحة اذا كان العقد يحتمل الفسخ كما في البيع بخلاف
الصداق في النكاح لان القدرة على ما هو المقصود بالنكاح ليس بشرط فعلى ما هو تابع فيه
ادنى فلو اجاز صاحب العين ذلك وعن محمد انه يجوز لانه يجوز البيع عند الاجازة فالكتابة
اولى وعن ابي حنيفة انه لا يجوز اعتبارا بحال عدم الاجازة على ما قال في الكتاب والجامع انه لا
يفيد ملك المكاسب وهو المقصود لانها ما شرعت للحاجة الى الاداء منها ولا حاجة فيما اذا كان البدل
عينا معينا والمسئلة فيه على ما بيناه وعن ابي يوسف انه يجوز اجاز ذلك او لم يجز عنه انه
اذا اجاز يجب تسليم عينه وعند عدمها يجب تسليم قيمته كما في النكاح والجامع صحة التسمية
لكونه مالا ولو ملك المكاتب ذلك العين فعن ابي حنيفة انه اذا اداه لا يعتق على هذه الرواية
لانه لم ينعقد العقد الا اذا قال له اذا اديت الي فانت حر فحينئذ يعتق بحكم الشرط وهكذا عن
ابي يوسف وعن ابي يوسف انه يعتق قال ذلك او لم يقل لان العقد ينعقد مع الفساد لكون
المسمى مالا فيعتق باداء المشروط ولو كاتبه على عين في يد المكاتب ففيه روايتان وهي مسئلة
الكتابة على الاعيان وقد عرف ذلك في الاصل قال واذا كاتبه على مائة دينار على ان يرد المولى
عليه عبدا بغير عينه فالكتابة فاسدة عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف هي جائزة ويقسم المائة
الدينار على قيمة المكاتب وقيمة عبد وسط ويبطل منها حصة العبد ويكون مكاتبا بما
بقي لان العبد المطلق يصلح بدل الكتابة وينصرف الى الوسط فكذا يصلح مستثنى منه
وهو الاصل في ابدال العقود ولهما انه لا يستثنى العبد من الدنانير وانما يستثنى
قيمته والقيمة لا تصلح بدلا فكذلك مستثنى قال واذا كاتبه على حيوان غير موصوف
فالكتابة جائزة ومعناه ان يبين الجنس ولا يبين النوع والصفة وينصرف الى الوسط ويجبر على
قبول القيمة وقد مر في النكاح اما اذا لم يبين الجنس كالعبد والوصيف فالجهالة يسيرة
ومثلها يتحمل في الكتابة واذا لم يبين الجنس مثل ان يقول دابة لا يجوز لانه يشتمل اجناسا
فتتفاحش الجهالة وجهالة البدل كجهالة الاجل فيه وقال الشافعي لا يجوز وهو القياس
لانه معاوضة فاشبه البيع ولنا انه معاوضة مال بغير مال او بمال لكن على وجه
يسقط الملك فيه فاشبه النكاح والجامع انه يبتنى على المسامحة بخلاف البيع لان مبناه
على المماكسة قال واذا كاتب النصراني عبده على خمر فهو جائز معناه اذا كان مقدارا
معلوما والعبد كافر لانه مال في حقهم بمنزلة الخل في حقنا وايهما اسلم فللمولى قيمة
الخمر لان المسلم ممنوع عن تمليك الخمر وتملكها وفي التسليم ذلك اذ الخمر غير معين فيعجز عن تسليم
البدل فيجب عليه قيمته وهذا بخلاف ما اذا تبايع الذميان خمرا ثم اسلم احدهما حيث

يفسد البيع على ما قال البعض لان القيمة تصلح بدلا في الكتابة في الجملة فانه لو كاتب على
وصيف واتى بالقيمة يجبر على القبول فجاز ان يبقى العقد على القيمة اما البيع لا ينعقد
صحيحا على القيمة فافترقا قال واذا قبضها عتق لان في الكتابة معنى المعاوضة فاذا
وصل احد العوضين الى المولى سلم العوض الآخر للعبد وذلك بالعتق بخلاف ما اذا كاتب
العبد مسلما على خمر لم تجز الكتابة لان المسلم ليس من اهل التزام الخمر ولو اداها يعتق لما بينا
من قبل **باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله** قال ويجوز للمكاتب البيع والشرا والسفر لان موجب
الكتابة ان يصير حرا يدا وذلك بمالكية التصرف مستبدا به تصرفا يوصله الى مقصوده
وهو نيل الحرية باداء البدل والبيع والشرا من هذا القبيل وكذا السفر لان التجارة ربما
لا تتفق في الحضر فيحتاج الى المسافرة ويملك البيع بالمحاباة لانه من صنيع التجار فان التاجر
قد يحابي في صفقة ليربح في اخرى قال وان شرط عليه ان لا يخرج من الكوفة فله ان
يخرج استحسانا لان هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد وهو مالكية اليد على وجه
الاستبداد وثبوت الاختصاص فبطل الشرط وصح العقد لانه شرط لم يتمكن في صلب
العقد وبمثله لا تفسد الكتابة وهذا لان الكتابة تشبه البيع والنكاح فالحقناها
بالبيع في شرط تمكن في صلب العقد كما اذا شرط خدمة مجهولة لانه في البدل وبالنكاح
في شرط لم يتمكن في صلبه هذا هو الاصل او نقول ان الكتابة في جانب العبد اعتاق لانه
اسقاط الملك وهذا الشرط يخص العبد فاعتبر اعتاقا في حق هذا الشرط والاعتاق لا
يبطل بالشروط الفاسدة قال ولا يتزوج الا باذن المولى لان الكتابة فك الحجر مع
قيام الملك ضرورة التوسل الى المقصود والتزويج ليس وسيلة اليه ويجوز باذن المولى
لان الملك له ولا يهب ولا يتصدق الا بالشيء اليسير لان الهبة والصدقة تبرع وهو غير مالك
ليملكه الا ان الشيء اليسير من ضرورات التجارة لانه لا يجد بدا من ضيافة واعارة ليجتمع عليه
المجاهزون ومن ملك شيئا يملك ما هو من ضروراته وتوابعه ولا يتكفل لانه تبرع محض
ولا يقرض لانه تبرع ليس من توابع الاكتساب فان وهب على عوض لم يصح لانه تبرع ابتداء
فان زوج امته جاز لانه اكتساب للمال فانه يتملك به المهر فدخل تحت العقد
وكذلك اذا كاتب عبده والقياس انه لا يجوز وهو قول الشافعي لان ماله العتق والمكاتب
ليس من اهله كالاعتاق على مال وجه الاستحسان انه عقد اكتساب للمال فيملكه كتزويج
الامة وكالبيع وقد يكون انفع له من البيع لانه لا يزيل الملك الا بعد وصول البدل والبيع
يزيله قبله ولهذا يملكه الاب والوصي ثم هو يوجب للمملوك مثل ما هو ثابت له بخلاف
الاعتاق على مال لانه يوجب فوق ما هو ثابت له قال وان ادى الثاني قبل ان يعتق
الاول فولاؤه للمولى لان له فيه نوع ملك ويصح اضافة الاعتاق اليه في الجملة فاذا

تعذر اضافته الى مباشر العقد لعدم الاهلية اضيف اليه كما في العبد اذا اشترى شيئا
فلو ادى الاول بعد ذلك وعتق لا ينتقل الولاء اليه لان المولى جعل معتقا والولاء لا
ينتقل عن المعتق وان ادى الثاني بعد عتق الاول فولاؤه له لان العاقد من اهل ثبوت الولاء
وهو الاصل فيثبت له قال وان اعتق عبده على مال او باعه نفسه او زوج عبده لم يجز
لان هذه الاشياء ليست من الكسب ولا من توابعه اما الاول فلانه اسقاط الملك عن رقبته
واثبات الدين في ذمة المفلس وكذا الثاني لانه اعتاق على مال في الحقيقة واما الثالث
فلانه تنقيص للعبد وتعييب له وشغل رقبته بالمهر والنفقة بخلاف تزويج الامة لانه اكتساب
لاستفادته المهر على ما مر قال وكذلك الاب والوصي في رقيق الصغير بمنزلة المكاتب لانهما
يملكان الاكتساب كالمكاتب ولان في تزويج الامة والكتابة نظرا ولا نظر فيما سواهما والكتابة
نظرية قال واما المأذون له فلا يجوز له شيء من ذلك عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف
له ان يزوج امته وعلى هذا الخلاف المضارب والمفاوض والشريك شركة عنان هو قاسه
على المكاتب واعتبره بالاجارة ولهما ان المأذون له يملك التجارة وهذا ليس بتجارة
فاما المكاتب يملك الاكتساب وهذا اكتساب ولانه مبادلة المال بغير المال فيعتبر بالنكاح
دون الاجارة اذ هي مبادلة المال بالمال ولهذا لا يملك هؤلاء كلهم تزويج العبد
فصل واذا اشترى المكاتب اباه او ابنه دخل في الكتابة لانه من اهل ان يكاتب وان لم
يكن اهلا للاعتاق فيجعل مكاتبا تحقيقا للصلة بقدر الامكان الا ترى ان الحر متى كان
يملك الاعتاق يعتق عليه وان اشترى ذا رحم محرم منه لا ولاد له لم يدخل في كتابته عند ابي
حنيفة وقالا يدخل اعتبارا بقرابة الولاد اذ وجوب الصلة ينتظمهما ولهذا لا يفترقان في
الحر في حق الحرية وله ان للمكاتب كسبا لا ملكا غير ان الكسب يكفي للصلة في الولاد
حتى ان القادر على الكسب يخاطب بنفقة الوالد والولد ولا يكفي في غيرهما حتى لا يجب نفقة
الاخ الا على الموسر ولان هذه قرابة توسطت بين بني الاعمام وقرابة الولاد فالحقناها
بالثاني في العتق وبالاول في الكتابة وهذا اولى لان العتق اسرع نفوذا من الكتابة حتى
ان احد الشريكين اذا كاتب كان للآخر فسخه واذا اعتق لا يكون له فسخه قال واذا اشترى
ام ولده دخل ولدها في الكتابة ولم يجز بيعها معناه اذا كان معها ولدها اما دخول الولد
في الكتابة فلما ذكرنا واما امتناع بيعها فلانها تبع للولد في هذا الحكم قال عليه السلام
اعتقها ولدها وان لم يكن معها ولد فكذلك الجواب في قول ابي يوسف ومحمد لانها ام
ولد خلافا لابي حنيفة وله ان القياس ان يجوز بيعها وان كان معها ولد لان كسب المكاتب
موقوف فلا يتعلق به ما لا يحتمل الفسخ الا انه يثبت هذا الحق فيما اذا كان معها ولد تبعا
لثبوته في الولد بناء عليه وبدون الولد لو ثبت ثبت والقياس ينفيه وان ولدت له ولد

منا سبة له دخل في الكتابة لما بينا في المشتري فكان حكمه وكسبه له لان كسب الولد كسبها
ويكون كذلك قبل الدعوة فلا ينقطع بالدعوة اختصاصه وكذا اذا ولدت المكاتبة
ولدا لان حق امتناع البيع ثابت فيهما مؤكد فيسري اليه كالتدبير والاستيلاد
قال ومن زوج امته من عبده ثم كاتبهما فولدت منه ولدا دخل في كتابتها وكان
كسبه لها لان تبعية الام ارجح ولهذا يتبعها في الرق والحرية قال وان تزوج
المكاتب باذن مولاه امراة زعمت انها حرة فولدت منه ثم استحقت فاولادها
عبيد ولا ياخذهم بالقيمة وكذلك باذن المولى بالتزوج وهذا عند ابي حنيفة وابي
يوسف وقال محمد اولادها احرار بالقيمة لانه شارك الحر في سبب ثبوت هذا الحق
وهو الغرور وهذا لانه ما رغب في نكاحها الا لينال حرية الاولاد ولهما انه مولود بين
رقيقين فيكون رقيقا وهذا لان الاصل ان الولد يتبع الام في الرق والحرية خالفنا
هذا الاصل في الحر باجماع الصحابة وهذا ليس في معناه مجبور بقيمة ناجزة وههنا بقيمة
متاخرة الى ما بعد العتاق فيبقى على الاصل ولا يلحق به قال واذا وطئ المكاتب امة
على وجه الملك بغير اذن المولى ثم استحقها رجل فعليه العقر يؤخذ به في المكاتبة وان
وطئها على وجه النكاح لم يؤخذ به حتى يعتق وكذلك الماذون له ووجه الفرق ان في الفصل
الاول ظهر الدين في حق المولى لان التجارة وتوابعها داخلة تحت الكتابة وهذا
العقر من توابعها لانه لولا الشراء لما سقط الحد وما لم يسقط الحد لا يجب العقر اما
لم يظهر في الفصل الثاني لان النكاح ليس من الاكتساب في شيء فلا ينتظمه الكتابة
كالكفالة قال واذا اشترى المكاتب جارية شراء فاسدا ثم وطئها فردها اخذ بالعقر
في الكتابة وكذلك العبد الماذون له لانه من باب التجارة فان التصرف تارة يقع صحيحا
ومرة يقع فاسدا والكتابة والاذن ينتظمانه بنوعيه كالتوكيل فكان ظاهرا في حق
المولى **فصل** واذا ولدت المكاتبة من المولى فهي بالخيار ان شاءت مضت على الكتابة
وان شاءت عجزت نفسها وصارت ام ولد له لانه تلقتها جهتا حرية عاجل ببدل وآجل
بغير بدل فتخير بينهما ونسب ولدها ثابت من المولى وهو حر لان المولى يملك الاعتاق
في ولدها وما له من الملك يكفي لصحة الاستيلاد بالدعوة فاذا مضت على الكتابة اخذت
العقر من مولاها لاختصاصها بنفسها وبمنافعها على ما قدمنا ثم ان مات المولى عتقت
بالاستيلاد وسقط عنها بدل الكتابة وان ماتت هي وتركت مالا يؤدي منه مكاتبتها وما بقي
ميراث لابنها جريا على موجب الكتابة وان لم تترك مالا فلا سعاية على الولد لانه حر ولو ولدت
ولدا اخر لم يلزم المولى الا ان يدعي لحرمة وطئها عليه فلو لم يدع ومات من غير وفاء
سعى هذا الولد لانه مكاتب تبعا لها فلو مات المولى بعد ذلك عتق وبطل عنه السعاية

لانه بمنزلة ام الولد اذ هو ولدها فيتبعها قال واذا كاتب المولى ام ولده
جاز لحاجتها الى استفادة الحرية قبل موت المولى وذلك بالكتابة ولا تنافي بينهما
لانه تلقتها جهتا حرية فان مات المولى عتقت بالاستيلاد لتعلق عتقها بموت السيد
وسقط عنها بدل الكتابة لان الغرض من ايجاب البدل العتق عند الاداء فاذا اعتقت
قبله لا يمكن توفير الغرض عليه فيسقط وبطل الكتابة لامتناع ابقائها من غير فائدة غير انه
يسلم لها الاولاد والاكساب لان الكتابة انفسخت في حق البدل وبقيت في حق الاكساب و
الاولاد لان الفسخ لنظرها والنظر فيما ذكرناه ولو ادت المكاتبة قبل موت المولى عتقت
بالكتابة لانها باقية قال وان كاتب مدبرته جاز لما ذكرنا من الحاجة ولا تنافي اذ الحرية
غير ثابتة وانما الثابت مجرد الاستحقاق وان مات المولى ولا مال له غيرها فهي بالخيار
بين ان تسعى في ثلثي قيمتها او جميع مال الكتابة وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف
تسعى في الاقل منهما وقال محمد تسعى في الاقل من ثلثي قيمتها وثلثي بدل الكتابة فالخلاف
في الخيار والمقدار وابو يوسف مع ابي حنيفة في المقدار ومع محمد في نفي الخيار اما الخيار
فرع تجزي الاعتاق وعنده لما تجزى بقي الثلثان رقيقا وقد تلقتها جهتا الحرية ببدلين معجل
بالتدبير ومؤجل بالكتابة فتخير وعندهما لما عتق كلها بعتق بعضها فهي حرة وجب عليها
احد المالين فتختار الاقل لا محالة فلا معنى للتخيير واما المقدار فلمحمد انه قابل البدل
بالكل وقد سلم لها الثلث بالتدبير فمن المحال ان يجب البدل بمقابلته الا ترى انه لو سلم
لها الكل بان خرجت من الثلث يسقط كل بدل الكتابة فههنا يسقط الثلث وصار كما اذا
تاخر التدبير عن الكتابة ولهما ان جميع البدل مقابل بثلثي رقبتها فلا يسقط منه شي
وهذا لان البدل وان قوبل بالكل صورة وصيغة لكنه مقيد بما ذكرنا معنى وارادة
لانها استحقت حرية الثلث ظاهرا والظاهر ان الانسان لا يلتزم المال بمقابلة ما يستحق
حريته وصار كما اذا طلق امراته ثنتين ثم طلقها ثلاثا على الف كان جميع الالف بمقابلة
الواحدة الباقية لدلالة الارادة كذا ههنا بخلاف ما اذا تقدمت الكتابة وهي المسئلة
التي تليه لان البدل مقابل بالكل اذ لا استحقاق عنده في شيء فافترقا قال
وان دبر مكاتبته صح التدبير لما بينا ولها الخيار ان شاءت مضت على الكتابة وان شاءت
عجزت نفسها وصارت مدبرة لان الكتابة ليست بلازمة في جانب المملوك فان مضت
على كتابتها فمات المولى ولا مال له غيرها فهي بالخيار ان شاءت سعت في ثلثي مال الكتابة
او ثلثي قيمتها عند ابي حنيفة وقالا تسعى في الاقل منهما فالخلاف في هذا الفصل في الخيار بناء
على ما ذكرنا اما المقدار فمتفق عليه ووجهه ما بيناه قال واذا اعتق المولى مكاتبته
عتق بعتقه لقيام ملكه فيه وسقط بدل الكتابة لان بدل الكتابة ما التزمه الا مقابلا

بالعتق وقد حصل دونه فلا يلزمه فالكتابة وان كانت لازمة في جانب المولى لكنه تفسخ
برضا العبد والظاهر رضاه توسلا الى عتقه بغير بدل مع سلامة الاكساب له لانا نبقي
الكتابة في حقه قال وان كاتبه على الف درهم الى سنة فصالحه على خمسمائة معجلة
فهو جائز وفي القياس لا يجوز لانه اعتياض عن الاجل وهو ليس بمال والدين مال فكان
ربوا ولهذا لا يجوز مثله في الحر ومكاتب الغير وجه الاستحسان ان الاجل في حق المكاتب
مال من وجه لانه لا يقدر على الاداء الا به فاعطي له حكم المال وبدل الكتابة مال من وجه حتى
لا تصح الكفالة به فاعتدلا فلا ربوا ولان عقد الكتابة عقد من وجه دون وجه والاجل ربوا
من وجه فيكون شبهة الشبهة بخلاف العقد بين الحرين لانه عقد من كل وجه فكان ربوا
الاجل شبهة قال واذا كاتب المريض عبده على الفي درهم الى سنة وقيمته الف درهم
ثم مات ولا مال له غيره ولم يجز الورثة فانه يؤدي ثلثي الالفين حالا والباقي الى اجله
او يرد رقيقا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يؤدي ثلثي الالف حالا والباقي
الى اجله لان له ان يترك الزيادة بان يكاتبه على قيمته فله ان يؤخرها وصار كما اذا
خالع المريض امراته على الف الى سنة جاز لان له ان يطلقها بغير بدل ولهما ان
جميع المسمى بدل الرقبة حتى اجري عليه احكام الابدال وحق الورثة متعلق بالمبدل فكذا
بالبدل والتاجيل اسقاط معنى فيعتبر من ثلث الجميع بخلاف الخلع لان البدل فيه لا يقابل
المال فلم يتعلق حق الورثة بالمبدل فلا يتعلق بالبدل ونظير هذا ما اذا باع المريض داره
بثلاثة الاف الى سنة وقيمتها الف ثم مات ولم يجز الورثة فعندهما يقال للمشتري اد ثلثي
جميع الثمن حالا والثلث الى اجله والا فانقض البيع وعنده يعتبر الثلث بقدر القيمة
لا بما زاد عليه لما بينا من المعنى قال وان كاتبه على الف الى سنة وقيمته الفان ولم
يجز الورثة ادى ثلثي القيمة حالا او يرد رقيقا في قولهم جميعا لان المحاباة ههنا في القدر
والتاخير فاعتبر الثلث فيهما **باب من يكاتب عن العبد** واذا كاتب الحر عن
عبد بالف درهم فان ادى عنه عتق فان بلغ العبد فقبل فهو مكاتب وصورة المسئلة
ان يقول الحر لمولى العبد كاتب عبدك على الف درهم على اني ان اديت اليك الفا فهو حر
فكاتبه المولى على هذا يعتق باداءه بحكم الشرط واذا قبل العبد صار مكاتبا لان الكتابة
كانت موقوفة على اجازته وقبوله اجازة ولو لم يقل على اني اذا اديت اليك الفا
فهو حر فادى لا يعتق قياسا لانه لا شرط والعقد موقوف وفي الاستحسان يعتق
لانه لا ضرر للعبد الغائب في تعليق العتق باداء القابل فيصح في حق هذا الحكم ويتوقف
في لزوم الالف على العبد وقيل هذه هي صورة مسئلة الكتاب ولو ادى الحر البدل لا يرجع
على العبد لانه متبرع قال واذا كاتب العبد عن نفسه وعن عبد اخر لمولاه وهو غايب

فان ادى الشاهد او الغائب عتقا ومعنى المسئلة ان يقول العبد كاتبني بالف درهم
على نفسي وعلى فلان الغائب وهذه كتابة جائزة استحسانا وفي القياس يصح على نفسه لولايته عليها
ويتوقف في حق الغائب لعدم الولاية عليه وجه الاستحسان ان الحاضر باضافة العقد اليه
ابتداء جعل نفسه فيه اصلا والغائب تبعا والكتابة على هذا الوجه مشروعة
كالامة اذا كوتبت دخل اولادها في كتابتها تبعا حتى عتقوا بادائها وليس عليهم من البدل
شيء واذا امكن تصحيحه على هذا الوجه ينفرد به الحاضر فله ان ياخذه بكل البدل لان
البدل عليه لكونه اصلا فيه ولا يكون على الغائب من البدل شيء لانه تبع فيه قال
وايهما ادى عتقا ويجبر المولى على القبول اما الحاضر فلان البدل عليه واما الغائب
فلانه ينال به شرف الحرية وان لم يكن البدل عليه وصار كمعير الرهن اذا ادى الدين
يجبر المرتهن على القبول لحاجته الى استخلاص عينه وان لم يكن الدين عليه قال
وايهما ادى لا يرجع على صاحبه لان الحاضر قضى دينا عليه والغائب متبرع غير
مضطر اليه وليس للمولى ان ياخذ الغائب بشيء لما بينا فان قبل العبد الغائب او لم
يقبل فليس ذلك منه بشيء والكتابة لازمة للشاهد لان الكتابة نافذة عليه
من غير قبول الغائب فلا يتغير بقبوله كمن كفل عن غيره بغير امره فبلغه فاجازه لا يتغير
حكمه حتى لو ادى لا يرجع عليه كذا هذا قال واذا كاتبت الامة عن نفسها
وعن ابنين لها صغيرين فهو جائز وايهما ادى لم يرجع على صاحبه ويجبر المولى على
القبول ويعتقون لانها جعلت نفسها اصلا في الكتابة واولادها تبعا على ما
بينا في المسئلة الاولى وهي اولى بذلك من الاجنبي **باب كتابة العبد المشترك**
قال واذا كان العبد بين رجلين اذن احدهما لصاحبه ان يكاتب نصيبه بالف درهم
ويقبض بدل الكتابة فكاتب وقبض بعض الالف ثم عجز فالمال للذي قبض عند ابي حنيفة
وقالا هو بينهما وما ادى فهو بينهما واصله ان الكتابة تتجزى عنده خلافا لهما بمنزلة
العتق لانها تفيد الحرية من وجه فيقتصر على نصيبه عنده للتجزي وفائدة الاذن
ان لا يكون له حق الفسخ كما يكون له اذا لم ياذن واذنه له بقبض البدل اذن للعبد
بالاداء فيكون متبرعا بنصيبه عليه فلهذا كان كل المقبوض له وعندهما الاذن بكتابة
نصيبه اذن بكتابة الكل لعدم التجزي فهو اصيل في النصف ووكيل في النصف والمقبوض
مشترك بينهما فيبقى كذلك بعد العجز قال واذا كانت جارية بين رجلين
كاتباها فوطيها احدهما فجاءت بولد فادعاه ثم وطيها الاخر فجاءت بولد فادعاه ثم

عجزت فهي ام ولد للاول لانه لما ادعى احدهما الولد صحت دعوته لقيام الملك له فيه وصار
نصيبه ام ولد له لان المكاتبة لا يقبل النقل من ملك الى ملك فيقتصر امومية الولد
على نصيبه كما في المدبرة المشتركة واذا ادعى الثاني ولدها الاخر صحت دعوته لقيام
ملكه ظاهرا ثم اذا عجزت بعد ذلك جعلت الكتابة كأن لم تكن فتبين ان الجارية كلها ام
ولد للاول لانه زال المانع من الانتقال ووطئه سابق ويضمن نصف قيمتها لانه تملك
نصيبه لما استكمل الاستيلاد ونصف عقرها لوطئه جارية مشتركة ويضمن شريكه كمال عقرها
وقيمة الولد ويكون ابنه لانه بمنزلة المغرور لانه حين وطئها كان ملكه قائما ظاهرا وولد
المغرور ثابت النسب منه حر بالقيمة على ما عرف لكنه وطئ ام ولد الغير حقيقة فيلزمه
كمال العقر وايهما دفع العقر الى المكاتبة جاز لان الكتابة ما دامت باقية فحق القبض لها
لاختصاصها بمنافعها وابدالها واذا عجزت ترد الى المولى لظهور اختصاصه وهذا
الذي ذكرناه كله قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد هي ام ولد للاول ولا يجوز وطئ
الاخر لانه لما ادعى الاول الولد صار كلها ام ولد له لان امومية الولد يجب تكميلها بالاجماع
ما امكن وقد امكن بفسخ الكتابة لانها قابلة للفسخ فيفسخ فيما لا يتضرر به المكاتب
ويبقى الكتابة فيما وراءه وبخلاف التدبير لانه لا يقبل الفسخ وبخلاف بيع المكاتب
لان في تجويزه ابطال الكتابة اذ المشتري لا يرضى ببقائه مكاتبا واذا صار كلها ام ولد
فالثاني وطئ ام ولد الغير فلا يثبت نسب الولد منه ولا يكون حرا بالقيمة غير انه لا يجب
الحد عليه للشبهة ويلزمه جميع العقر لان الوطئ لا يعرى عن احد الغرامتين واذا بقيت
الكتابة وصار كلها مكاتبة له قيل يجب عليها نصف بدل الكتابة لان الكتابة انفسخت فيما
لا يتضرر به المكاتبة ولا يتضرر بسقوط نصف بدل الكتابة وقيل يجب كل البدل لان
الكتابة لم تنفسخ الا في حق التملك ضرورة فلا يظهر في حق سقوط نصف البدل فبقي ابقائها
في حقه نظرا للمولى وان كان لا يتضرر المكاتبة بسقوطه والمكاتبة هي التي تعطى العقر لاختصاصها
بابدال منافعها ولو عجزت وردت في الرق ترد الى المولى لظهور اختصاصه على ما بيننا
قال ويضمن الاول لشريكه في قياس قول الشيخين ابي يوسف نصف قيمتها مكاتبة
لانه تملك نصيب شريكه وهي مكاتبة فيضمنه موسرا كان او معسرا لانه ضمان تملك وفي قول
محمد يضمن الاول من نصف قيمتها ومن نصف ما بقي من الكتابة لان حق شريكه في نصف الرقبة
على اعتبار العجز وفي نصف البدل على اعتبار الاداء وللتردد بينهما يجب اقلهما
واذا كان الثاني لم يطأها ولكن دبرها ثم عجزت بطل التدبير لانه لم يصادف الملك
اما عندهما فظاهر لان المستولد تملكها قبل العجز واما عند ابي حنيفة فلانه بالعجز
تبين انه تملك نصيبه من وقت الوطئ فتبين انه صادف ملك غيره والتدبير يعتمد الملك

بخلاف النسب لانه يعتمد الغرور على ما مر قال وهي ام ولد للاول لانه تملك
نصيب شريكه وكمل الاستيلاد على ما بينا ويضمن لشريكه نصف عقرها لوطئه
جارية مشتركة ونصف قيمتها لانه تملك نصفها بالاستيلاد وهو تملك بالقيمة والولد
ولد الاول لانه صحت دعوته لقيام المصحح وهذا قولهم جميعا ووجهه ما بينا قال
وان كانا كاتباها ثم اعتقها احدهما وهو موسر ثم عجزت ضمن المعتق لشريكه نصف
قيمتها ويرجع بذلك عليها عند ابي حنيفة وقالا لا يرجع عليها لانها لما عجزت وردت
في الرق تصير كأنها لم تزل قنة والجواب فيه على الخلاف في الرجوع وفي الخيارات وغيرها
كما هو مسألة تجزي الاعتاق وقد قدرناه في الاعتاق فاما قبل العجز ليس له
ان يضمن المعتق عند ابي حنيفة لان الاعتاق لما كان يتجزى عنده كان اثره ان يجعل
نصيب غير المعتق كالمكاتب فلا يتغير به نصيب صاحبه لانها مكاتبة قبل ذلك وعندهما
لما كان لا يتجزى يعتق الكل فله ان يضمنه قيمة نصيبه مكاتبا ان كان موسرا او
يسعى العبد ان كان معسرا لانه ضمان اعتاق فيختلف باليسار والاعسار قال
وان كان العبد بين رجلين دبره احدهما ثم اعتقه الاخر وهو موسر فان شاء
الذي دبره ضمن المعتق قيمته وان شاء استسعى العبد وان شاء اعتق فان اعتق
احدهما ثم دبره الاخر لم يكن له ان يضمن المعتق ويستسعى او يعتق وهذا عند
ابي حنيفة ووجهه ان التدبير يتجزى عنده فتدبير احدهما مقتصر على نصيبه لكن يفسد
به نصيب الاخر فيثبت خيار الاعتاق والتضمين والاستسعاء كما هو مذهبه وان
اعتق لم يبق له خيار التضمين والاستسعاء ايضا كما هو مذهبه ويضمنه قيمة
نصيبه مدبرا لان الاعتاق صادف المدبر ثم قيل قيمة المدبر يعرف بتقويم المقومين
وقيل يجب ثلثا قيمته وهو قن لان المنافع انواع ثلاثة البيع واشباهه والاستخدام
وامثاله والاعتاق وتوابعه والفائت البيع فيسقط الثلث واذا ضمنه
لا يتملكه بالضمان لانه لا يقبل الانتقال من ملك الى ملك كما اذا غصب مدبرا
فابق وان اعتقه احدهما اولا كان للاخر الخيارات عنده ويستسعى وقال ابو يوسف
ومحمد اذا دبره احدهما فعتق الاخر باطل لانه لا يتجزى عندهما فيتملك نصيب صاحبه
بالتدبير ويضمن نصف قيمته موسرا كان او معسرا لانه ضمان تملك فلا يختلف باليسار
والاعسار ويضمن نصف قيمته قنا لانه صادف التدبير وهو قن وان اعتقه
احدهما اولا فتدبير الاخر باطل لان الاعتاق لا يتجزى فيعتق كله فلم يصادف
التدبير الملك وهو يعتمده ويضمن نصف قيمته ان كان موسرا ويسعى العبد

في ذلك اذا كان معسرا لان هذا ضمان الاعتاق فيختلف باليسار والاعسار عندهما

باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى

واذا عجز المكاتب عن نجم نظر الحاكم في حاله
فان كان له دين يقبضه او مال يقدم لم يعجل بتعجيزه وانتظر عليه يومين او ثلاثة
نظرا للجانبين والثلاث هي المدة التي ضربت لابلاء الاعذار كامهال الخصم للدفع
والمديون للقضاء فلا يزاد عليه فان لم يكن له وجه وطلب المولى تعجيزه عجزه وفسخ الكتابة
وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا يعجزه حتى يتوالى عليه نجمان لقول علي
رضي الله عنه اذا توالى على المكاتب نجمان رد في الرق علقه بهذا الشرط ولانه عقد
ارفاق حتى كان اخره مؤجله وحالة الوجوب بعد حلول النجم فلا بد من امهال مدة
استيسارا واولى المدد ما توافق عليها العاقدان ولهما ان سبب الفسخ قد
تحقق وهو العجز لان من عجز عن اداء نجم واحد يكون اعجز عن اداء نجمين وهذا لان المقصود
المولى الوصول الى المال عند حلول النجم وقد فات فيفسخ اذا لم يكن راضيا بدونه بخلاف
اليوم والثلاث لانه لا بد منها لامكان الاداء فلم يكن تاخيرا والآثار متعارضة فان
المروي عن ابن عمر رضي الله عنهما ان مكاتبة له عجزت عن نجم فردها مولاه برضاه فهو جائز
لان الكتابة فسقط الاحتجاج بها قال وان اخل بنجم عند غير السلطان فعجز
فرده مولاه برضاه فهو جائز لان الكتابة يفسخ بالتراضي من غير عذر فبالعذر اولى
ولو لم يرض به العبد لا بد من القضاء بالفسخ لانه عقد لازم تام فلا بد من القضاء
او الرضا كالرد بالعيب بعد القبض قال وان عجز المكاتب عاد الى احكام الرق
لانفساخ الكتابة وما كان في يده من الاكساب لمولاه لانه ظهر انه كسب عبده
وهذا لانه كان موقوفا عليه او على مولاه وقد زال التوقف قال فان مات
المكاتب وله مال لم تنفسخ الكتابة وقضى ما عليه من ماله وحكم بعتقه في آخر جزء
من اجزاء حيوته وما بقي فهو ميراث لورثته ويعتق اولاده وهذا قول علي وابن مسعود
رضي الله عنهما وبه اخذ علماؤنا رحمهم الله وقال الشافعي رحمه الله تبطل الكتابة
بموت عبده وما تركه لمولاه وامامه في ذلك زيد بن ثابت رضي الله عنه ولانه
المقصود من الكتابة عتقه وقد تعذر اثباته فتبطل وهذا لانه لا يخلو اما ان
يثبت بعد الممات مقصودا او يثبت قبله او بعده مستندا لا وجه الى الاول
لعدم المحلية ولا وجه الى الثاني لفقد الشرط وهو الاداء ولا الى الثالث لتعذر
الثبوت في الحال والشيء يثبت ثم يستند ولنا انه عقد معاوضة ولا يبطل
بموت احد المتعاقدين وهو المولى وكذا بموت الاخر والجامع بينهما الحاجة الى ابقاء
العقد لاحياء الحق بل اولى لان حقه آكد من حق المولى حتى لزم العقد في جانبه والمولى
ابقى للمالكية المملوكية فنبقى لحاجته تقديرا او يستند الحرية باستناد سبب الاداء

الى ما قبل الموت ويكون اداء خلفه كادائه وكل ذلك ممكن على ما عرف تمامه في الخلافيات
قال وان لم يترك وفاء وترك ولدا مولودا في الكتابة سعى في كتابة ابيه على نجومه
فاذا ادى حكمنا بعتق ابيه قبل موته وعتق الولد لان الولد داخل في كتابته وكسبه
ككسبه فيخلفه في الاداء وصار كما اذا ترك وفاء وان ترك ولدا مشترى قيل له اما ان تؤدي
بدل الكتابة حالة او ترد رقيقا وهذا عند ابي حنيفة اما عندهما يؤديه الى اجله
اعتبارا بالولد المولود في الكتابة والجامع انه تكاتب عليه تبعا له ولهذا يملك المولى
اعتاقه بخلاف سائر اكسابه ولابي حنيفة وهو الفرق بين الفصلين ان الاجل
يثبت شرطا في العقد فيثبت في حق من دخل تحت العقد والمشترى لم يدخل لانه
لم يضف اليه العقد ولا يسري حكمه اليه وحيث ادخل في حكمه سعى في نجومه
فان اشترى ابنه ثم مات وترك وفاء ورثه ابنه لانه لما حكم بحريته في آخر جزء
من اجزاء حيوته يحكم بحرية ابنه في ذلك الوقت لانه تبع لابيه في الكتابة فيكون
هذا حرا يرثه حرا وكذلك ان كان هو وابنه مكاتبين كتابة واحدة لان الولد
ان كان صغيرا فهو تبع لابيه وان كان كبيرا جعلا كشخص واحد فاذا حكم بحرية
الاب يحكم بحريته في تلك الحالة على ما مر قال وان مات المكاتب وله ولد
من حرة وترك دينا وفاء بمكاتبته فجنى الولد فقضى به على عاقلة الام لم يكن ذلك
قضاء بعجز المكاتب لان هذا القضاء يقرر حكم الكتابة لان من قضيتها الحاق الولد
بموالي الام وايجاب العقل عليهم لكن على وجه يحتمل ان يعتق فينجر الولاء الى موالي
الاب والقضاء بما يقرر حكمه لا يكون تعجيزا وان اختصم موالي الام وموالي الاب
في ولائه فقضى به لموالي الام فهو قضاء بالعجز لان هذا اختلاف في الولاء مقصودا
وذلك يبتنى على بقاء الكتابة وانتقاضها فانها اذا فسخت مات عبدا واستقر
الولاء على موالي الام واذا بقيت واتصل بها الاداء مات حرا وانتقل الولاء الى
موالي الاب وهذا فصل مجتهد فيه فينفذ ما يلاقيه من القضاء فلهذا كان
تعجيزا قال وما ادى المكاتب من الصدقات الى مولاه ثم عجز فهو طيب
للمولى لتبدل الملك فان العبد يتملكه صدقة والمولى عوضا عن العتق واليه
وقعت الاشارة النبوية في حديث بريرة رضي الله عنها هي لها صدقة ولنا هدية
وهذا بخلاف ما اذا اباح للغني والهاشمي لان المباح له يتناوله على ملك المبيح
ونظيره المشترى شراء فاسدا اذا اباح لغيره لا يطيب له ولو ملكه يطيب ولو عجز قبل
الاداء الى المولى فكذلك الجواب وهذا عند محمد ظاهر لانه بالعجز عنه يتبدل الملك
وكذا عند ابي يوسف ان كان بالعجز يتقرر ملك المولى عنده لانه لا خبث في نفس

الصدقة وانما الخبث في فعل الاخذ لكونه اذلالا به ولا يجوز ذلك للغني من غير حاجة
وللهاشمي لزيادة حرمته والاخذ لم يوجد من المولى وصار كابن السبيل اذا وصل الى وطنه
والفقير اذا استغنى وقد بقي في ايديهما ما اخذا من الصدقة يطيب لهما وعلى هذا اذا
اعتق المكاتب واستغنى يطيب له ما بقي من الصدقة في يده قال واذا جنى
العبد فكاتبه مولاه ولم يعلم بالجناية ثم عجز فانه يدفع او يفدى لان هذا هو
موجب جناية العبد في الاصل ولم يكن عالما بالجناية عند الكتابة حتى يصير مختارا
للفداء الا ان الكتابة مانعة من الدفع فاذا زال عاد الحكم الاصلي وكذلك اذا جنى
المكاتب ولم يقض به حتى عجز لما بينا من زوال المانع وان قضى به عليه في كتابته
ثم عجز فهو دين يباع فيه لانتقال الحق من الرقبة الى القيمة بالقضا وهذا قول ابي
حنيفة وقد رجع ابو يوسف اليه وكان يقول يباع فيه وان عجز قبل القضا وهو
قول زفر لان المانع من الدفع وهو الكتابة قائمة وقت الجناية فكما وقعت انعقدت
موجبة للقيمة كما في جناية المدبر وام الولد ولنا ان المانع قابل للزوال
للتردد ولم يثبت الانتقال في الحال فيتوقف على القضا او الرضا وصار كالعبد
المبيع اذا ابق قبل القبض يتوقف الفسخ على القضا للتردد ولاحتمال عوده كذا
هذا بخلاف التدبير والاستيلاد لانهما لا يقبلان الزوال بحال قال واذا
مات مولى المكاتب لم تنفسخ الكتابة كيلا يؤدي الى ابطال حق المكاتب اذ الكتابة
سبب الحرية وسبب حق المرء حقه وقيل له اد المال الى ورثة المولى على نجومه لانه استحق
الحرية على هذا الوجه والسبب انعقد كذلك فيبقى بهذه الصفة ولا يتغير الا
ان الورثة يخلفونه في الاستيفاء فان اعتقه احد الورثة لم ينفذ عتقه لانه
لم يملكه وهذا لان المكاتب لا يملك بسائر اسباب الملك فكذا بسبب الوراثة
وان اعتقوه جميعا عتق وسقط مال الكتابة لانه يصير ابراء عن بدل الكتابة فانه
حقهم وقد جرى فيه الارث واذا ابرى المكاتب عن بدل الكتابة يعتق كما اذا ابراه
المولى الا انه اذا اعتق احد الورثة لا يصير ابراء عن نصيبه لانا نجعله ابراء
اقتضاء تصحيحا للعتق والاعتاق لا يثبت بابراء البعض او ادائه في المكاتب لا
في بعضه ولا في كله ولا وجه الى ابراء الكل لحق بقية الورثة

كتاب الولاء

الولاء نوعان ولاء عتاقة ويسمى ولاء نعمة وسببه العتق على ملكه في الصحيح حتى لو عتق
قريبه عليه بالوراثة كان الولاء له وولاء موالاة وسببه العقد ويقال ولاء العتاقة
وولاء الموالاة والحكم يضاف الى سببه والمعنى فيهما التناصر كانت العرب تتناصر
باشياء وقرر النبي عليه السلام تناصرهم بالولاء بنوعيه فقال ان مولى القوم

منهم وحليفهم منهم والمراد بالحليف مولى الموالاة لانهم كانوا يؤكدون الموالاة
بالحلف قال واذا اعتق المولى مملوكه فولاؤه له لقوله عليه السلام الولاء
لمن اعتق ولان التناصر به فيعقله وقد احياه معنى بازالة الرق عنه فيرثه ويصير
الولاء كالولاد ولان الغنم بالغرم وكذا المراة تعتق لما روينا وماتت معتق لابنة
حمزة رضي الله عنهما وعن بنت فجعل النبي عليه السلام المال بينهما نصفين ويستوي
فيه الاعتاق بمال وبغيره لاطلاق ما ذكرناه قال فان شرط انه سائبة فالشرط
باطل والولاء لمن اعتق لان الشرط مخالف للنص فلا يصح قال واذا ادى المكاتب
عتق وولاؤه للمولى وان عتق بعد موت المولى لانه عتق عليه بما باشر من السبب
وهو الكتابة وقد قررناه في المكاتب وكذا العبد الموصى بعتقه او بشرائه وعتقه
بعد موته لان فعل الوصي بعد موته كفعله والتركة على حكم ملكه وان مات المولى
عتق مدبروه وامهات اولاده لما بينا في العتاق وولاؤهم له لانه اعتقهم بالتدبير
والاستيلاد ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه لما بينا في العتاق وولاؤه له لوجود
السبب وهو العتق عليه واذا تزوج عبد رجل امة لاخر فاعتق مولى الامة الامة
وهي حامل من العبد عتقت وعتق حملها وولاء الحمل لمولى الام لا ينتقل عنه ابدا لانه
عتق على معتق الام مقصودا فلا ينتقل ولاؤه عنه عملا بما روينا وكذا اذا ولدت
ولدا لاقل من ستة اشهر لانهما توءمان يتعلقان معا وهذا بخلاف ما اذا والت
رجلا وهي حبلى والزوج والى غيره حيث يكون ولاء الولد لمولى الاب لان الجنين غير قابل
لهذا الولاء مقصودا لان تمامه بالايجاب والقبول وهو ليس بمحل له قال فان
ولدت بعد عتقها لاكثر من ستة اشهر ولدا فولاؤه لمولى الام لانه عتق تبعا للام
لاتصاله بها بعد عتقها فيتبعها في الولاء ولم يتيقن بقيامه وقت الاعتاق حتى
يعتق مقصودا فان اعتق العبد الاب جر ولاء ابنه وانتقل عن مولى الام لان العتق في الولد
ثبت تبعا بخلاف الاول وهذا لان الولاء بمنزلة النسب قال عليه السلام الولاء لحمة
كلحمة النسب لا يباع ولا يوهب ولا يورث ثم النسب الى الاباء فكذلك الولاء والنسبة
الى مولى الام كانت لعدم اهلية الاب ضرورة فاذا صار اهلا عاد الولاء اليه بمنزلة
ولد الملاعنة ينسب الى قوم الام ضرورة فاذا اكذب الملاعن نفسه ينسب اليه بخلاف
ما اذا اعتقت المعتدة عن موت او طلاق ثم جاءت بولد لاقل من سنتين من وقت الموت
او الطلاق حيث يكون الولد مولى لموالي الام وان اعتق العبد لتعذر اضافة العلوق
الى ما بعد الموت والطلاق البائن لحرمة الوطء وبعد الطلاق الرجعي لما انه يصير مراجعا
بالشك فاستند الى حالة النكاح وكان الولد موجودا عند الاعتاق فعتق مقصودا

وفي الجامع الصغير واذا تزوجت معتقة بعبد فولدت اولادا فجنى الاولاد فعقلهم على
موالي الام لانهم عتقوا تبعا لامهم ولا عاقلة لابيهم ولا موالي فالحقوا بموالي الام ضرورة كما
في ولد الملاعنة على ما ذكرنا فان اعتق الاب جر ولاء الاولاد الى نفسه لما بينا ولا يرجعون
على عاقلة الاب بما عقلوا لانهم حين عقلوا كان الولاء ثابتا لهم وانما يثبت للاب مقصودا
لان سببه مقصود وهو العتق بخلاف ولد الملاعنة اذا عقل عنه قوم الام ثم اكذب الملاعن
نفسه حيث يرجعون عليه لان النسب هناك يثبت مستندا الى وقت العلوق وكانوا
مجبورين على ذلك فيرجعون قال ومن تزوج من العجم بمعتقة العرب فولدت له
اولادا فولاء ولدها لمواليها عند ابي حنيفة قال رضي الله عنه وهو قول محمد وقال ابو يوسف
حكمه حكم ابيه لان النسب الى الاب كما اذا كان الاب عربيا بخلاف ما اذا كان الاب عبدا
لانه هالك معنى ولهما ان ولاء العتاقة قوي معتبر في حق الاحكام حتى اعتبرت
الكفاءة فيه والنسب في حق العجم ضعيف فانهم ضيعوا انسابهم ولهذا لم يعتبر الكفاءة فيما
بينهم بالنسب والقوي لا يعارضه الضعيف بخلاف ما اذا كان الاب عربيا لان انساب
العرب قوية معتبرة في حكم الكفاءة والعقل لما ان تناصرهم بها فاغنت عن الولاء قال
رضي الله عنه الخلاف في مطلق المعتقة والوضع في معتقة العرب وقع اتفاقا وفي الجامع
الصغير نبطي كافر تزوج بمعتقة ثم اسلم النبطي ووالى رجلا ثم ولدت اولادا قال ابو حنيفة
ومحمد مواليهم موالي امهم وقال ابو يوسف مواليهم موالي ابيهم لان الولاء وان كان اضعف
فهو من جانب الاب فصار كالمولود بين واحد من الموالي وبين العربية ولهما ان ولاء
الموالاة اضعف حتى يقبل الفسخ وولاء العتاقة لا يقبله والضعيف لا يظهر في مقابلة
القوي ولو كان الابوان معتقين فالنسبة الى قوم الاب لانهما استويا والترجيح لجانبه
لشبهه بالنسب او لان النصرة به اكثر قال وولاء العتاقة تعصيب وهو احق بالميراث
من العمة والخالة لقوله عليه السلام للذي اشترى عبدا فاعتقه هو اخوك ومولاك ان
شكرك فهو خير له وشر لك وان كفرك فهو خير لك وشر له ولو مات ولم يترك وارثا كنت
انت عصبته وورث ابنة حمزة رضي الله عنهما على سبيل العصوبة مع قيام وارث واذا كان
عصبة يقدم على ذوي الارحام وهو المروي عن علي رضي الله عنه فان كان للمعتق عصبة من النسب
فهو اولى لان المعتق آخر العصبات وهذا لان قوله عليه السلام ولم يترك وارثا قالوا
المراد منه وارث هو عصبة بدليل الحديث الثاني فتأخر عن العصبة دون ذوي الرحم وان لم
يكن له عصبة من النسب فميراثه للمعتق تأويله اذا لم يكن هناك صاحب فرض ذو حال اما
اذا كان فله الباقي بعد فرضه لانه عصبة لما روينا وهذا لان العصبة من يكون التناصر
لبيت النسب وبالموالي الانتصار على ما مر والعصبة يأخذ ما بقي فان مات المولى ثم مات المعتق

فميراثه لبني المولى دون بناته وليس للنساء من الولاء الا ما اعتقن او اعتق من اعتقن
او كاتبن او كاتب من كاتبن بهذا اللفظ ورد الحديث عن النبي عليه السلام وفي آخره او جر
ولاء معتقهن وصورة الجر قدمناها ولان ثبوت المالكية والقوة في المعتق من جهتها
فينتسب بالولاء اليها وينسب اليها من ينسب الى مولاها بخلاف النسب لان سبب
النسبة فيه الفراش وصاحب الفراش انما هو الزوج والمرأة مملوكة لا مالكة
وليس حكم ميراث المعتق مقصورا على بني المولى بل هو لعصبته الاقرب فالاقرب
لان الولاء لا يورث ويخلفه فيه من يكون النصرة به حتى لو ترك المولى ابا وابنا فالولاء
للابن عند ابي حنيفة ومحمد لانه اقربهما عصوبة وكذا الولاء للجد دون الاخ عند ابي حنيفة
لانه اقرب في العصوبة عنده وكذا الولاء لابن المعتقة حتى يرثه دون اخيها لما ذكرنا
الا ان عقل جناية المعتق على اخيها لانه من قوم ابيها وجنايته كجنايتها ولو ترك المولى
ابنا واولاد ابن آخر معناه بني ابن آخر فميراث المعتق للابن دون بني الابن لان الولاء
للكبر هو المروي عن عدة من الصحابة منهم عمر وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم وغيرهم
ومعناه القرب على ما قالوا والصلبي اقرب فصل في ولاء الموالاة واذا
اسلم رجل على يد رجل ووالاه على ان يرثه ويعقل عنه او اسلم على يد غيره ووالاه
قال الولاء صحيح وعقله على مولاه فان مات ولا وارث له غيره فميراثه للمولى وقال
الشافعي الموالاة ليس بشيء لان فيها ابطال حق بيت المال ولهذا لا تصح في حق وارث
آخر ولهذا لا تصح عنده الوصية بجميع المال وان لم يكن للموصي وارث لحق
بيت المال وانما تصح في الثلث ولنا قوله تعالى والذين عقدت ايمانكم فآتوهم
نصيبهم والآية في الموالاة وسئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن رجل اسلم
على يد آخر ووالاه فقال هو احق الناس به محياه ومماته وهذا يشير الى العقل
والارث في الحالين هاتين ولان ماله حقه فيصرفه الى حيث يشاء والصرف الى
بيت المال ضرورة عدم المستحق لا انه مستحق قال وان كان له وارث فهو اولى منه
وان كانت عمة او خالة او غيرهما من ذوي الارحام لان الموالاة عقدهما فلا يلزم غيرهما
وذو الرحم وارث ولا بد من شرط الارث والعقل كما ذكر في الكتاب لانه بالالتزام وهو
بالشرط ومن شرطه ان لا يكون المولى من العرب لان تناصرهم بالقبائل فاغنى عن الموالاة
قال وللمولى ان ينتقل عنه بولائه الى غيره ما لم يعقل عنه لانه عقد غير لازم
بمنزلة الوصية وكذا للاعلى ان يتبرأ عن ولائه لعدم اللزوم الا انه يشترط في هذا ان
يكون بمحضر من الآخر كما في عزل الوكيل قصدا بخلاف ما اذا عقد الاسفل مع غيره
بغير محضر من الاول لانه فسخ حكمي بمنزلة العزل الحكمي في الوكالة قال واذا

عقل عنه لم يكن له ان يتحول الولاء بيت المال عنه لانه تعلق به حق الغير ولانه قضى به القاضي و
لانه بمنزلة عوض نال له كالعوض في الهبة وكذا لا يتحول ولده وكذا اذا اعقل عن ولده
ولم يكن لكل واحد منهما ان يتحول لانهما في حق الولاء كشخص واحد قال رحمه الله وليس
لمولى العتاقة ان يوالي احدا لانه لازم ومع بقائه لا يظهر الادنى **كتاب الاكراه**
الاكراه يثبت حكمه اذا حصل ممن يقدر على ايقاع ما توعد به سلطانا كان او لصا لان
الاكراه اسم لفعل يفعله المرء بغيره فينتفي به رضاه او يفسد به اختياره مع بقاء
اهليته وهذا انما يتحقق اذا خاف المكره تحقيق ما توعده وذلك انما يكون من القادر
والسلطان وغيره سيان عند تحقق القدرة والذي قاله ابو حنيفة ان الاكراه لا
يتحقق الا من السلطان لما ان المنعة له والقدرة لا تتحقق دون المنعة فقد قالوا
هو اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان ولم يكن القدرة في زمنه الا للسلطان
ثم بعد ذلك تغير الزمان واهله ثم كما يشترط قدرة المكره لتحقق الاكراه يشترط خوف
المكره وقوع ما تهدد به وذلك بان يغلب على ظنه انه يفعله ليصير به محمولا على ما دعي
اليه من الفعل قال واذا اكره على بيع ماله او على شراء سلعة او على ان يقر لرجل
بالف او يواجر داره فاكره على ذلك بالقتل او بالضرب الشديد او بالحبس فباع او
اشترى فهو بالخيار ان شاء امضى البيع وان شاء فسخه ورجع بالمبيع لان من شرط صحة
هذه العقود التراضي قال تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض منكم والاكراه بهذه الاشياء
يعدم الرضا فيفسدها بخلاف ما اذا اكره بضرب سوط او حبس يوم او قيد يوم
لانه لا يبالي به بالنظر الى العادة فلا يتحقق به الاكراه الا اذا كان الرجل صاحب منصب
يعلم انه يستضر به لفوت الرضا وكذا الاقرار حجة لترجح جنبة الصدق فيه على جنبة
الكذب وعند الاكراه يحتمل انه يكذب لدفع المضرة ثم اذا باع مكرها وسلم مكرها يثبت
الملك عندنا وعند زفر لا يثبت لانه بيع موقوف على الاجازة الا ترى انه لو اجاز جاز و
الموقوف قبل الاجازة لا يفيد الملك ولنا ان ركن البيع صدر من اهله مضافا
الى محله والفساد لفقد شرطه وهو التراضي فصار كساير الشروط المفسدة فيثبت
الملك عند القبض حتى لو قبضه واعتقه او تصرف فيه تصرفا لا يمكن نقضه جاز ويلزمه
القيمة كما في ساير البياعات الفاسدة وباجازة المالك يرتفع المفسد وهو الاكراه
وعدم الرضا فيجوز الا انه لا ينقطع به حق استرداد البايع وان تداولته الايدي ولم
يرض البايع بذلك بخلاف ساير البياعات الفاسدة لان الفساد فيها لحق الشرع وقد
تعلق بالبيع الثاني حق العبد وحقه مقدم لحاجته اما هاهنا فالرد لحق العبد وهما سواء
فلا يبطل حق الاول لحق الثاني قال رضي الله عنه ومن جعل البيع الجائز فاسدا

يجعله

يجعله كبيع المكره حتى ينقض بيع المشتري من غيره لان الفساد لعدم الرضا ومنهم من
جعله رهنا لقصد المتعاقدين ومنهم من جعله باطلا اعتبارا بالهازل ومشايخ
سمرقند جعلوه بيعا جائزا مفيدا بعض الاحكام على ما هو المعتاد للحاجة اليه قال
وان كان قابض الثمن طوعا فقد اجاز البيع لانه دلالة الاجازة كما في البيع الموقوف
وكذا اذا سلم طائعا بان كان الاكراه على البيع لا على الدفع لانه دليل الاجازة بخلاف
ما اذا اكره على الهبة ولم يذكر الدفع فوهب ودفع حيث يكون باطلا لان مقصود
المكره الاستحقاق لا مجرد اللفظ وذلك في الهبة بالدفع وفي البيع بالعقد على
ما هو الاصل فدخل الدفع في الاكراه على الهبة دون البيع قال فان قبضه مكرها
فليس باجازة وعليه رده ان كان قائما في يده لفساد العقد قال وان هلك المبيع
في يد المشتري وهو غير مكره ضمن قيمته للبايع معناه والبايع مكره لانه مضمون عليه
بحكم عقد فاسد وللمكره ان يضمن المكره ان شاء لانه آلة له فيما يرجع الى الاتلاف فكأنه
دفع مال البايع الى المشتري فيضمن ايهما شاء كالغاصب وغاصب الغاصب فلو ضمن
المكره رجع على المشتري بالقيمة لقيامه مقام البايع وان ضمن المشتري ينفذ كل شراء كان
بعد شرائه لو تناسخته العقود لانه ملكه بالضمان وظهر انه باع ملكه ولا ينفذ ما كان
قبله لان الاستناد الى وقت قبضه بخلاف ما اذا اجاز البايع المالك المكره عقدا
منها حيث يجوز ما قبله وما بعده لانه اسقط حقه وهو المانع فعاد الكل الى الجواز
فصل وان اكره على ان ياكل الميتة او يشرب الخمر فان اكره على ذلك بحبس او ضرب
او قيد لم يحل له الا ان يكره بما يخاف منه على نفسه او على عضو من اعضائه فاذا خاف
ذلك وسعه ان يقدم على ما اكره عليه وعلى هذا الدم ولحم الخنزير لان تناول هذه المحرمات
انما يباح عند الضرورة كما في المخمصة لقيام المحرم فيما وراءها ولا ضرورة الا اذا خاف
على النفس او على العضو حتى لو خيف ذلك بالضرب وغلب على ظنه يباح له ذلك
ولا يسعه ان يصبر على ما توعد به فان صبر حتى اوقعوا به ولم ياكل فهو آثم لانه لما ابيح
كان بالامتناع معاونا للعزم على اهلاك نفسه فيأثم كما في حالة المخمصة وعن ابي يوسف
انه لا ياثم لان رخصة الحرمة قائمة فيكون اخذا بالعزيمة قلنا حالة الاضطرار مستثناة
بالنص وهو تكلم بالكلام بعد الثنيا فلا تحريم وكان اباحة لا رخصة الا انه انما ياثم اذا
علم بالاباحة في هذه الحالة لان في انكشاف الحرمة خفا فيعذر بالجهل فيه كالجهل بالخطاب
في اول الاسلام او في دار الحرب قال وان اكره على الكفر بالله او سب رسول الله صلى الله عليه وسلم
بقيد او حبس او ضرب لم يكن ذلك اكراها حتى يكره بامر يخاف به على نفسه او على عضو
من اعضائه لان الاكراه بهذه الاشياء ليس باكراه في شرب الخمر كما مر ففي الكفر وحرمته

اشد اولى واجرى قال فاذا خاف ذلك وسعه ان يظهر ما امروه به ويوري فان اظهر ذلك وقلبه مطمئن بالايمان فلا اثم عليه لحديث عمار بن ياسر رضي الله عنه حيث ابتلي به وقد قال له صلى الله عليه وسلم كيف وجدت قلبك قال مطمئنا بالايمان فقال ان عادوا فعد وفيه نزل قوله تعالى الا من اكره وقلبه مطمئن بالايمان الآية ولان بهذا الاظهار لا يفوت الايمان حقيقة لقيام التصديق وفي الامتناع فوت النفس حقيقة فيسعه الميل اليه قال فان صبر حتى قتل ولم يظهر الكفر كان ماجورا لان خبيبا رضي الله عنه صبر عليه حتى صلب وسماه رسول الله صلى الله عليه وسلم سيد الشهداء وقال في مثله هو رفيقي في الجنة ولان الحرمة باقية والامتناع لاعزاز الدين عزيمة بخلاف ما تقدم للاستثناء قال وان اكره على اتلاف مال المسلم بامر يخاف على نفسه او على عضو من اعضائه وسعه ان يفعل ذلك لان مال الغير يستباح للضرورة كما في حالة المخمصة وقد تحققت ولصاحب المال ان يضمن المكره لان المكره آلة للمكره فيما يصلح آلة له والاتلاف من هذا القبيل وان اكرهه بقتل على قتل غيره لم يسعه ان يقدم عليه ويصبر حتى يقتل فان قتله كان آثما لان قتل المسلم مما لا يستباح لضرورة ما فكذا بهذه الضرورة قال والقصاص على الذي اكرهه ان كان عمدا وقال زفر يجب على المكره وقال ابو يوسف لا يجب عليهما قال رضي الله عنه وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال الشافعي يجب عليهما لزفر ان الفعل من المكره حقيقة وحسا وقرر الشرع حكمه عليه وهو الاثم بخلاف الاكراه على اتلاف مال الغير لانه سقط حكمه وهو الاثم واضيف الى الغير وبهذا يتمسك الشافعي في جانب المكره ويوجبه على المكره ايضا لوجود التسبيب الى القتل منه وللتسبيب في هذا حكم المباشرة عنده كما في شهود القصاص ولابي يوسف ان القتل بقي مقصورا على المكره من وجه نظرا الى التاثيم واضيف الى المكره من وجه نظرا الى الحمل فدخلت الشبهة في كل جانب ولهما انه محمول على القتل بطبعه ايثارا لحياته فيصير آلة للمكره فيما يصلح آلة له وهو القتل بان يلقيه عليه ولا يصلح آلة له في الجناية على دينه فبقي الفعل مقصورا عليه في حق الاثم كما نقول في الاكراه على الاعتاق وفي اكراه المجوسي على ذبح شاة الغير ينتقل الفعل الى المكره في الاتلاف دون الذكاة حتى يحرم كذا هذا قال وان اكرهه على طلاق امراته او عتق عبده ففعل وقع ما اكره عليه عندنا خلافا للشافعي وقد مر في الطلاق قال ويرجع على الذي اكرهه بقيمة العبد لانه آلة له فيه من حيث الاتلاف فانضاف اليه فله ان يضمنه موسرا كان او معسرا ولا سعاية على العبد لان السعاية انما تجب للتخريج الى الحرية او

لتعلق

او لتعلق حق الغير ولم يوجد واحد منهما ولا يرجع المكره على العبد بالضمان لانه مؤاخذ باتلافه قال ويرجع بنصف مهر المراة ان كان قبل الدخول وان لم يكن في العقد مسمى يرجع على المكره بما لزمه من المتعة لان ما عليه كان على شرف السقوط بان جاءت الفرقة من قبلها وانما يتاكد بالطلاق فكان اتلافا للمال من هذا الوجه فيضاف الى المكره من حيث انه اتلاف بخلاف ما اذا دخل بها لان المهر تقرر بالدخول لا بالطلاق ولو اكره على التوكيل بالطلاق والعتاق ففعل الوكيل جاز استحسانا لان الاكراه يؤثر في فساد العقد والوكالة لا تبطل بالشروط الفاسدة ويرجع على المكره استحسانا لان مقصود المكره زوال ملكه اذا باشر الوكيل والنذر لا يعمل فيه الاكراه لانه لا يحتمل الفسخ ولا رجوع على المكره بما لزمه لانه لا مطالب له في الدنيا فلا يطالب به فيها وكذا اليمين والظهار لا يعمل فيهما الاكراه لعدم احتمالهما الفسخ وكذا الرجعة والايلاء والفيء فيه باللسان لانها تصح مع الهزل والخلع من جانبه طلاق او يمين لا يعمل فيه الاكراه فلو كان هو مكرها على الخلع دونها لزمها البدل لرضاها بالالتزام قال وان اكره على الزنا وجب عليه الحد عند ابي حنيفة الا ان يكرهه السلطان وعندهما لا يجب الحد قال وان اكره على الردة لم تبن منه امراته لان الردة تتعلق بالاعتقاد الا ترى انه لو كان قلبه مطمئنا بالايمان لا يكفر وفي اعتقاده الكفر شك فلا تثبت البينونة بالشك فان قالت المراة قد بنت منك وقال هو قد اظهرت ذلك وقلبي مطمئن بالايمان فالقول له استحسانا لان اللفظ غير موضوع للفرقة وهي بتبدل الاعتقاد ومع الاكراه لا يدل على التبدل فكان القول قوله بخلاف الاكراه على الاسلام حيث يصير مسلما لانه لما احتمل واحتمل رجحنا الاسلام في الحالين لانه يعلو ولا يعلى وهذا بيان الحكم اما فيما بينه وبين الله تعالى اذا لم يعتقد فليس بمسلم ولو اكره على الاسلام حتى حكم باسلامه ثم رجع لم يقتل لتمكن الشبهة وهي دارئة للقتل ولو قال الذي اكره على اجراء كلمة الكفر اخبرت عن امر ماض ولم اكن فعلت بانت منه حكما لا ديانة لانه اقر انه طائع باتيان ما لم يكره عليه وحكم هذا الطائع ما ذكرناه ولو قال اردت ما طلب مني وقد خطر ببالي الخبر عما مضى بانت ديانة وقضاء لانه مبتدئ بالكفر هازل به حيث علم لنفسه مخلصا غيره وعلى هذا اذا اكره على الصلاة للصليب وسب محمد صلى الله عليه وسلم ففعل وقال نويت الصلاة لله ومحمدا آخر غير النبي بانت منه قضاء لا ديانة ولو صلى للصليب وسب محمدا النبي وقال نويت الصلاة وقد خطر ببالي الصلاة لله وسب غير النبي بانت ديانة وقضاء لما مر وقد قررناه زيادة على هذا في كفاية المنتهى

كتاب الحجر الاسباب الموجبة للحجر الصغر والرق والجنون ولا يجوز
تصرف الصغير الا باذن وليه ولا تصرف العبد الا باذن سيده ولا يجوز تصرف
المجنون المغلوب عليه بحال اما الصغير فلنقصان عقله غير ان اذن الولي آية
اهليته والرق لرعاية حق المولى كيلا يتعطل منافع عبده ولا يملك رقبته بتعلق
الدين به غير ان المولى بالاذن رضي بفوات حقه والجنون لا تجامعه الاهلية فلا
يجوز تصرفه بحال اما العبد اصل في نفسه والصبي يترقب اهليته فلهذا وقع
الفرق قال ومن باع من هولاء شيا وهو يعقل البيع ويقصده فالولي بالخيار
ان شا اجازه اذا كان فيه مصلحة وان شا فسخه لان التوقف في العبد لحق المولى
فيتخير فيه وفي الصبي والمجنون نظرا لهما فيتحرى مصلحتهما فيه ولا بد ان يعقل البيع
ليوجد ركن العقد فينعقد موقوفا على الاجازة والمجنون قد يعقل البيع ويقصده
وان كان لا يرجح المصلحة على المفسدة وهو المعتوه الذي يصلح وكيلا عن غيره
كما قلنا في الوكالة فان قيل التوقف عندكم في البيع اما الشرى فالاصل فيه
النفاذ على المباشر قلنا نعم اذا وجد نفاذا عليه كما في شرى الفضولي وههنا لم
يجد نفاذا لعدم الاهلية او لضرر المولى فوقفناه قال وهذه المعاني الثلثة
توجب الحجر في الاقوال دون الافعال لانه لا مرد لها لوجودها حسا ومشاهدة
بخلاف الاقوال كالحدود والقصاص فيجعل عدم القصد في ذلك شبهة في حق
الصبي والمجنون قال والصبي والمجنون لا يصح عقودهما ولا اقرارهما ولا يقع
طلاقهما لقوله عليه السلام كل طلاق واقع الا طلاق الصبي والمعتوه والاعتاق
يتمحض مضرة ولا وقوف للصبي على المصلحة في الطلاق بحال لعدم الشهوة ولا وقوف
للولي على عدم التوافق على اعتبار بلوغه حد الشهوة فلهذا لا يتوقفان على اجازة
ولا ينفذان بمباشرته بخلاف سائر العقود قال وان اتلفا شيا لزمهما ضمانه
احيا لحق المتلف عليه وهذا لان كون الاتلاف موجبا لا يتوقف على القصد كالذي
ينقلب يتلف بانقلابه النايم عليه والحايط المايل بعد الاشهاد بخلاف القولي
على ما بينا قال فاما العبد فاقراره نافذ في حق نفسه لقيام اهليته غير نافذ في
حق مولاه رعاية لجانبه لان نفاذه لا يعرى عن تعلق الدين برقبته او كسبه وكل ذلك
اتلاف ماله قال فان اقر بمال لزمه بعد الحرية لوجود الاهلية وزوال المانع
ولم يلزمه في الحال لقيام المانع وان اقر بحد او قصاص لزمه لانه مبقى على اصل الحرية
في حق الدم حتى لا يصح اقرار المولى عليه بذلك وينفذ طلاقه لما روينا ولقوله عليه السلام
لا يملك العبد والمكاتب شيا الا الطلاق ولانه عارف وجه المصلحة فيه وكان اهلا وليس فيه

ابطال

ابطال ملك المولى ولا تفويت منافعه فينفذ **باب الحجر للفساد** قال ابو حنيفة
لا يحجر على الحر العاقل البالغ السفيه وتصرفه في ماله جايز وان كان مبذرا مفسدا
يتلف ماله فيما لا غرض له فيه ولا مصلحة وقال ابو يوسف ومحمد وهو قول الشافعي يحجر
على السفيه ويمنع من التصرف في ماله لانه مبذر ماله بصرفه لا على الوجه الذي يقتضيه
العقل فيحجر عليه نظرا له اعتبارا بالصبي بل اولى لان الثابت في حق الصبي احتمال
التبذير وفي حقه حقيقته ولهذا منع عنه المال ثم هو لا يفيد بدون الحجر لانه يتلف
بلسانه ما منع من يده ولابي حنيفة انه مخاطب عاقل فلا يحجر عليه اعتبارا بالرشيد وهذا
لان في سلب ولايته اهدار آدميته والحاقه بالبهايم وهو اشد ضررا من التبذير
ولا يتحمل الاعلى لدفع الادنى حتى لو كان في الحجر دفع ضرر عام كالحجر على المتطبب الجاهل
والمفتي الماجن والمكاري المفلس جاز فيما يروى عنه اذ هو دفع الاعلى
بالادنى ولا يصح القياس على منع المال لان الحجر ابلغ منه في العقوبة ولا على الصبي
لانه عاجز عن النظر لنفسه وهذا قادر عليه نظر له الشارع مرة باعطا آلة القدرة
والجري على خلافه بسوء اختياره ومنع المال مفيد لان غالب السفه في الهبات
والصدقات وذلك يقف على اليد واذا حجر القاضي عليه ثم رفع الى القاضي
الاخر فابطل حجره واطلق عنه جاز لان الحجر منه فتوى وليس بقضا الا ترى انه لم
يوجد المقضي له والمقضي عليه ولو كان قضا فنفس القضا مختلف فيه فلا بد من
الامضا حتى لو رفع تصرفه بعد الحجر الى القاضي الحاجر او الى غيره فقضى ببطلانه
تصرفه ثم رفع الى قاض آخر نفذ ابطاله لاتصال الامضا به فلا يقبل النقض
بعد ذلك ثم عند ابي حنيفة اذا بلغ الغلام غير رشيد لم يسلم اليه ماله حتى يبلغ
خمسا وعشرين سنة سلم اليه ماله وان لم يونس منه الرشد وقالا لا يدفع اليه
ماله ابدا حتى يونس رشده ولا يجوز تصرفه فيه لان علة المنع السفه فيبقى ما بقي
العلة وصار كالصبي ولابي حنيفة ان منع المال عنه بطريق التاديب ولا يتادب بعد
هذا ظاهرا وغالبا الا ترى انه قد يصير جدا في هذا السن فلا فايدة للمنع فلزم
الدفع ولان المنع باعتبار اثر الصبى وهو في اوايل البلوغ وينقطع بتطاول
الزمان فلا يبقى المنع ولهذا قال ابو حنيفة لو بلغ رشيدا ثم صار سفيها لا يمنع
المال عنه لانه ليس باثر الصبى ثم لا يتاتى التفريع على قوله وانما التفريع على قول
من يرى الحجر فعندهما لما صح الحجر لا ينفذ بيعه اذا باع توفيرا لفايدة الحجر عليه وان
كان فيه مصلحة اجازه الحاكم لان ركن التصرف قد وجد والتوقف للنظر له وقد
نصب الحاكم ناظرا له فيتحرى المصلحة فيه كما في الصبي الذي يعقل البيع ويقصده ولو باع

قبل حجر القاضي جاز عند ابي يوسف لانه لابد من حجر القاضي عنده لان الحجر دائر بين
الضرر والنظر والحجر لنظره فلا بد من فعل القاضي وعند محمد من جهة الشرع لا يحتاج
لانه يبلغ محجورا عنده اذ العلة هي السفه بمنزلة الصبي وعلى هذا الخلاف اذا
بلغ رشيدا ثم صار سفيها وان اعتق عبدا نفذ عتقه عندهما وعند الشافعي لا ينفذ
والاصل عندهما ان كل تصرف يوثر فيه الهزل يوثر فيه الحجر وما لا فلا لان السفيه
في معنى الهازل من حيث ان الهازل يخرج كلامه لا على نهج كلام العقلاء لاتباع
الهوا ومكابرة العقل لا لنقصان في عقله وكذلك السفيه والعتق مما لا
يوثر فيه الهزل فيصح منه والاصل عنده ان الحجر بسبب السفه بمنزلة الحجر بسبب الرق
حتى لا ينفذ بعده شي من تصرفاته الا الطلاق كالموقوف والاعتاق لا يصح من الرقيق
فكذا من السفيه واذا صح عندهما كان على العبد ان يسعى في قيمته لان الحجر لمعنى النظر
وذلك في رد العتق الا انه متعذر فيجب رده برد القيمة كما في الحجر على المريض وعند محمد
انه لا يجب السعاية لانه لو وجب انما يجب حقا لمعتقه والسعاية ما عهد وجوبها في
الشرع الا لحق غير المعتق ولو دبر عبده جاز لانه يوجب حق العتق فيعتبر بحقيقته الا انه
لا يجب السعاية ما دام المولى حيا لانه باق على ملكه واذا مات ولم يونس منه الرشد
سعى في قيمته مدبرا لانه عتق بموته وهو مدبر فصار كما اذا اعتقه بعد التدبير ولو
جاءت جاريته بولد فادعاه يثبت نسبه منه وكان الولد حرا والجارية ام ولد له لانه
محتاج الى ذلك لابقاء نسله فالحق بالمصلح في حقه وان لم يكن معها ولد وقال هذه
ام ولدي كانت بمنزلة ام الولد لا يقدر على بيعها وان مات سعت في جميع قيمتها
لانه كالاقرار بالحرية اذ ليس لها شهادة الولد بخلاف الفصل الاول لان الولد شاهد
لها ونظيره المريض اذا ادعى ولد جاريته فهو على هذا التفصيل قال وان تزوج
امراة جاز نكاحه لانه لا يوثر فيه الهزل ولانه من حوائجه الاصلية وان سمى لها مهرا جاز
منه مقدار مهر مثلها لانه من ضرورات النكاح وبطل الفضل لانه لا ضرورة فيه وهو
التزامه بالتسمية فلا نظر له فيه فلا يصح الزيادة وصار كالمريض مرض الموت ولو
طلقها قبل الدخول وجب لها النصف في ماله لان التسمية صحيحة الى مقدار مهر المثل
وكذا اذا تزوج باربع نسوة او كل يوم واحدة لما بينا قال ويخرج الزكوة
من مال السفيه لانه واجب عليه وينفق على اولاده وزوجته ومن تجب نفقته من ذوي
الارحام لان احياء ولده وزوجته من حوائجه والانفاق على ذوي الرحم واجب عليه
حقا لقرابته والسفه لا يبطل حقوق الناس الا ان القاضي يدفع قدر الزكوة اليه ليصرفها
الى مصرفها لانه لا بد من نيته لكونها عبادة لكن يبعث امينا معه كيلا يصرفه في غير وجهه

وفي النفقة يدفع الى امينه ليصرفه لانه ليس بعبادة فلا يحتاج الى نيته وهذا بخلاف ما
اذا حلف او نذر وظاهر حيث لا يلزمه المال بل يكفر يمينه بالصوم لانه مما يجب بفعله ولو
كذلك ما يجب ابتداء بغير فعله فلو فتحنا هذا الباب يبتذر امواله بهذا الطريق
قال فان اراد حجة الاسلام لم يمنع منها لانها واجبة بايجاب الله تعالى من غير صنعه
ولا يسلم القاضي النفقة اليه ويسلمها الى ثقة من الحاج ينفقها في طريق الحج كيلا
كيلا يتلفها في غير هذا الوجه ولو اراد عمرة واحدة لم يمنع منها استحسانا لاختلاف
العلماء في وجوبها بخلاف ما زاد على مرة واحدة من الحج ولا يمنع من القران لانه لا
يمنع من افراد السفر لكل واحد منهما فلا يمنع من الجمع بينهما ولا يمنع من ان يسوق بدنة
تحرزا عن موضع الخلاف اذ عند ابن عمر رضي الله عنهما لا يجزيه غيرها وهي جزور او بقرة
فان مرض واوصى بوصايا في القرب وابواب الخير جاز ذلك في ثلثه لان نظره فيه اذ
هي حالة انقطاعه عن امواله والوصية تخلف ثناء او ثوابا وقد ذكرنا من التفريعات
اكثر من هذا في كفاية المنتهى قال ولا يحجر على الفاسق اذا كان مصلحا لماله عندنا
والفسق الاصلي والطاري سواء وقال الشافعي يحجر عليه زجرا له وعقوبة عليه كما في
السفيه ولهذا لم يجعل اهلا للولاية والشهادة عنده ولنا قوله تعالى فان
انستم منهم رشدا الاية وقد اونس منه نوع رشد فيتناوله النكرة المطلقة ولان الفاسق
من اهل الولاية عندنا لاسلامه فيكون واليا للتصرف وقد قررناه فيما تقدم ويحجر
القاضي عندهما ايضا وهو قول الشافعي بسبب الغفلة وهو ان يغبن في التجارات
ولا يصبر عنها لسلامة قلبه لما في الحجر من النظر له **فصل** في حد البلوغ قال بلوغ
الغلام بالاحتلام والاحبال والانزال اذا وطئ فان لم يوجد ذلك فحتى يتم له ثماني
عشر سنة وبلوغ الجارية بالحيض والاحتلام والحبل فان لم يوجد ذلك فحتى يتم لها
سبع عشرة سنة وهذا عند ابي حنيفة وقالا اذا تم للغلام والجارية خمس عشرة سنة فقد
بلغا وهو رواية عن ابي حنيفة وهو قول الشافعي وعنه في الغلام تسع عشرة وقيل المراد
ان يطعن في التاسع عشرة ويتم له ثماني عشرة فلا اختلاف وقيل فيه اختلاف الرواية
لانه ذكر في بعض النسخ حتى يستكمل تسع عشرة سنة اما العلامة فلان البلوغ بالانزال
حقيقة والحبل والاحبال لا يكون الا مع الانزال وكذا الحيض في اوان الحبل فجعل كل
ذلك علامة البلوغ وادنى المدة في ذلك في حق الغلام اثنا عشر سنة وفي حق الجارية تسع
سنين واما السن فلهم العادة الفاشية ان البلوغ لا يتاخر فيهما عن هذه المدة وله
قوله تعالى حتى يبلغ اشده واشد الصبي ثماني عشر سنة هكذا قال ابن عباس رضي الله عنهما
وتابعه القتبي وهذا اقل ما قيل فيه فيبنى الحكم عليه للتيقن به غير ان الاناث نشوهن وادراكهن

اسرع نضجا سنة لا يتبلغها على الفصول الاربعة التي توافق واحد منها المزاج لا محالة
واذا راهق الغلام والجارية الحلم واشكل امره في البلوغ فقال قد بلغت فالقول قوله و
احكامه احكام البالغين لانه معنى لا يعرف الا من جهتهما ظاهرا فاذا اخبرا به ولم يكذبهما الظاهر
قبل قولهما فيه كما يقبل قول المرأة في الحيض **باب الحجر** بسبب الدين قال ابو حنيفة
لا احجر في الدين واذا وجبت الديون على رجل وطلب غرماؤه حبسه والحجر عليه لان في الحجر
اهدار اهليته فلا يجوز لدفع ضرر خاص وان كان له مال لم يتصرف فيه الحاكم لانه
نوع حجر ولانه تجارة لا عن تراض فيكون باطلا بالنص ولكن يحبسه ابدا حتى يبيعه في دينه
ايفاء لحق الغرماء ودفعا لظلمه وقالا اذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه حجر القاضي عليه ومنعه
من البيع والتصرف والاقرار حتى لا يضر بالغرماء لان الحجر على السفيه انما جوزناه نظرا
له وفي هذا الحجر نظر للغرماء لانه عساه يلجئ ماله فيفوت حقهم ومعنى قولهما ومنعه من
البيع ان يكون باقل من ثمن المثل اما البيع بثمن المثل لا يبطل حق الغرماء والمنع لحقهم فلا
يمنع منه قال وباع ماله ان امتنع المفلس من بيعه وقسمه بين غرمائه بالحصص
عندهما لان البيع مستحق عليه لايفاء دينه حتى يحبس لاجله فاذا امتنع ناب القاضي منابه
كما في الجب والعنة ولنا ان التلجئة موهومة والمستحق قضاء الدين والبيع ليس بطريق
متعين لذلك بخلاف الجب والعنة والحبس لقضاء الدين بما يختاره من الطريق كيف
ولو صح البيع كان الحبس اضرارا بهما بتأخير حق الدائن وتعذيب المديون فلا يكون مشروعا
قال وان كان دينه دراهم وله دراهم قضى القاضي بغير امره وهذا بالاجماع
لان للدائن حق الاخذ من غير رضاه فللقاضي ان يعينه وان كان دينه دراهم وله دنانير
او على ضد ذلك باعها القاضي في دينه وهذا عند ابي حنيفة وهذا استحسان والقياس
ان لا يبيعه كما في العروض ولهذا لم يكن لصاحب الدين ان يأخذه جبرا وجه الاستحسان
انهما متحدان في الثمنية والمالية مختلفان في الصورة فبالنظر الى الاتحاد يثبت للقاضي
ولاية التصرف وبالنظر الى الاختلاف يسلب عن الدائن ولاية الاخذ عملا بالشبهين بخلاف
العروض لان الغرض يتعلق بصورها واعيانها اما النقود فوسائل فافترقا ويباع في
الدين النقود ثم العروض ثم العقار يبدأ بالايسر فالايسر لما فيه من المسارعة الى قضاء
الدين مع مراعاة جانب المديون ويترك عليه دست من ثياب بدنه ويباع الباقي لان به
كفاية وقيل دستان لانه اذا غسل ثيابه لا بد له من ملبس قال فان اقر في حال الحجر
باقرار لزمه ذلك بعد قضاء الديون لانه تعلق بهذا المال حق الاولين فلا يتمكن من ابطال
حقهم بالاقرار لغيرهم بخلاف الاستهلاك لانه مشاهد لا مرد له ولو استفاد مالا آخر
بعد الحجر نفذ اقراره فيه لان حقهم لم يتعلق به لعدمه وقت الحجر قال وينفق على المفلس

من ماله وعلى زوجته وولده الصغار وذوي ارحامه لان حاجته الاصلية مقدمة على
حق الغرماء ولانه حق ثابت لغيره فلا يبطله الحجر ولهذا لو تزوج امرأة كانت في مقدار
مهر مثلها اسوة للغرماء قال فان لم يعرف للمفلس مال وطلب غرماؤه حبسه
وهو يقول لا مال لي حبسه الحاكم في كل دين التزمه بعقد كالمهر والكفالة وقد ذكرنا
هذا الفصل بوجوهه في كتاب ادب القاضي من هذا الكتاب فلا نعيده الا انا قال
وكذلك ان قال وكذلك ان اقام البينة انه لا مال له يعني خلى سبيله لوجوب النظرة
الى الميسرة ولو مرض في الحبس يبقى فيه ان كان له خادم يقوم بمعالجته وان لم يكن اخرجه
تحرزا عن هلاكه والمحترف فيه لا يمكن من الاشتغال بعمله هو الصحيح ليضجر قلبه فينبعث
على قضاء دينه بخلاف ما اذا كانت له جارية وفيه موضع يمكن وطؤها لا يمنع منه لانه قضاء
احدى الشهوتين فيعتبر بقضاء الاخرى قال ولا يحول بينه وبين غرمائه بعد خروجه
من الحبس يلازمونه ولا يمنعونه من التصرف والسفر لقوله عليه السلام لصاحب الحق
يد ولسان اراد باليد الملازمة وباللسان التقاضي قال ويأخذون فضل
كسبه يقسم بينهم بالحصص لاستواء حقوقهم في القوة وقالا اذا فلسه الحاكم حال
بين الغرماء وبينه الا ان يقيموا البينة ان له مالا لان القضاء بالافلاس عندهما يصح
فيثبت العسرة ويستحق النظرة الى الميسرة وعنده لا يتحقق القضاء بالافلاس لان
مال الله غاد ورائح ولان وقوف الشهود على المال لا يتحقق الا ظاهرا فيصلح للدفع لا
لابطال الحق في الملازمة وقوله الا ان يقيموا البينة اشارة الى ان بينة اليسار
تترجح على بينة الاعسار لانها اكثر اثباتا اذ الاصل هو العسرة وقوله في الملازمة
لا يمنعونه من التصرف والسفر دليل على انه يدور معه اينما دار ولا يجلسه في موضع
لانه حبس ولو دخل داره لحاجة لا يتبعه بل يجلس على باب داره الى ان يخرج لانه
لا بد ان يكون له موضع خلوة ولو اختار المطلوب الحبس والطالب الملازمة فالخيار
الى الطالب لانه ابلغ في حصول المقصود لاختياره الاضيق عليه الا اذا علم القاضي ان
يدخل عليه بالملازمة ضرر بين بان لا يمكنه من دخوله داره فحينئذ يحبسه دفعا للضرر
عنه ولو كان الدين للرجل على المرأة لا يلازمها لما فيه من الخلوة بالاجنبية لكن يبعث
امرأة امينة تلازمها قال ومن افلس وعنده متاع لرجل بعينه ابتاعه منه فصاحب
المتاع اسوة للغرماء فيه وقال الشافعي يحجر القاضي على المشتري بطلبه ثم للبائع خيار
الفسخ لانه عجز المشتري عن ايفاء الثمن فيوجب ذلك حق الفسخ كعجز البائع عن تسليم المبيع
وهذا لانه عقد معاوضة ومن قضيته المساواة وصار كالسلم ولنا ان الافلاس يوجب
العجز عن تسليم العين وهو غير مستحق بالعقد فلا يثبت حق الفسخ باعتباره وانما المستحق

وصف في الذمة اعني الدين و بقبض العين يتحقق بينهما مبادلة هذا هو الحقيقة
اعتبارها الا في موضع التعذر كالسلم لان الاستبدال ممتنع فاعطي العين حكم الدين

كتاب المأذون

الاذن الاعلام لغة وفي الشرع فك الحجر واسقاط الحق عندنا والعبد بعد ذلك يتصرف باهليته لنفسه لانه بعد الرق بقي اهلا للتصرف بلسانه الناطق وعقله المميز وانحجاره عن التصرف لحق المولى لانه ما عهد تصرفه الا موجبا تعلق الدين برقبته او بكسبه وذلك مال المولى فلا بد من اذنه كيلا يبطل حقه من غير رضاه و لا يرجع بما لحقه من العهدة على المولى ولهذا لا يقبل التأقيت حتى لو اذن لعبده يوما كان مأذونا ابدا حتى يحجر عليه لان الاسقاطات لا تتوقت ثم الاذن كما يثبت بالصريح يثبت بالدلالة كما اذا رأى عبده يبيع ويشتري فسكت يصير مأذونا عندنا خلافا لزفر والشافعي ولا فرق بين ان يبيع عينا مملوكا للمولى او للاجنبي باذنه او بغير اذنه بيعا صحيحا او فاسدا لان كل من رآه يظنه مأذونا له فيها فيعاقده فيتضرر به او لم يكن مأذونا له ولو لم يكن المولى راضيا به لمنعه دفعا للضرر عنهم قال واذا اذن المولى لعبده في التجارة اذنا عاما جاز تصرفه في سائر التجارات ومعنى هذه المسئلة ان يقول له اذنت لك في التجارة فلا يقيده ووجهه ان التجارة اسم عام يتناول الجنس فيبيع ويشتري ما بدا له من انواع الاعيان لانه اصل التجارة ولو باع او اشترى بالغبن اليسير فهو جائز لتعذر الاحتراز عنه وكذا بالفاحش منه بمنزلة التبرع حتى اعتبر من المريض من ثلث ماله فلا ينتظمه الاذن وله انه تجارة والعبد متصرف باهلية نفسه فصار كالحر وعلى هذا الخلاف الصبي المأذون ولو حابى في مرض موته يعتبر من جميع المال اذا لم يكن عليه دين وان كان فمن جميع ما بقي لان الاقتصار في الحر على الثلث لحق الورثة ولا وارث للعبد وان كان الدين محيطا بما في يده يقال للمشتري اد جميع المحاباة والا فاردد البيع كما في الحر وله ان يسلم ويقبل السلم لانه تجارة وله ان يوكل بالبيع والشراء لانه قد لا يتفرغ بنفسه قال ويرهن ويرتهن لانهما من توابع التجارة فانه ايفاء واستيفاء ويملك ان يتقبل الارض ويستاجر الاجراء والبيوت لان كل ذلك من صنيع التجار ويأخذ الارض مزارعة لان فيه تحصيل الربح ويشتري طعاما فيزرعه في ارضه لانه يقصد به الربح قال عليه السلام الزارع يتاجر ربه وله ان يشارك شركة عنان ويدفع المال مضاربة ويأخذها لانه من عادة التجار وله ان يؤجر نفسه عندنا خلافا للشافعي هو يقول لا يملك العقد على نفسه فكذا على منافعه لانها تابعة لها ولنا ان نفسه راس ماله فيملك التصرف فيه الا اذا كان يتضمن ابطال الاذن كالبيع لانه ينحجر به والرهن لانه يحبسه فلا يحصل مقصود المولى اما الاجارة لا ينحجر به ويحصل به المقصود

وهو الربح فيملكه قال فان اذن له في نوع منها دون غيره فهو مأذون في جميعها وقال زفر والشافعي لا يكون مأذونا الا في ذلك النوع وعلى هذا الخلاف اذا نهاه عن التصرف في نوع آخر لهما ان الاذن توكيل وانابة من المولى لانه يستفيد الولاية من جهته ويثبت الحكم وهو الملك له دون العبد ولهذا يملك حجره فيتخصص بما خصه به كالمضارب ولنا انه اسقاط الحق وفك الحجر على ما بيناه وعند ذلك تظهر مالكية العبد فلا يتخصص بنوع دون نوع بخلاف الوكيل لانه يتصرف في مال غيره فيثبت له الولاية من جهته وحكم التصرف وهو الملك واقع للعبد حتى كان له ان يصرفه الى قضاء الدين والنفقة وما استغنى عنه يخلفه المالك فيه قال وان اذن له في شيء بعينه فليس بمأذون لانه استخدام ومعناه ان يأمره بشراء ثوب للكسوة او طعام رزقا لاهله وهذا لانه لو صار مأذونا ينسد عليه باب الاستخدام بخلاف ما اذا قال اد الي الغلة كل شهر كذا او قال اد الي الفا وانت حر لانه طلب منه المال ولا يحصله الا بالتكسب او قال اقعد صباغا او قصارا لانه اذن بشراء ما لا بد له منه وهو نوع فيصير مأذونا في الانواع قال واقرار المأذون بالديون والغصوب جائز وكذا اقراره بالودائع لان الاقرار من توابع التجارة اذ لو لم يصح لاجتنب الناس مبايعته ولا فرق بينهما اذا كان عليه دين او لم يكن اذا كان الاقرار في صحته وان كان في مرضه يقدم دين الصحة كما في الحر بخلاف الاقرار بما يجب من المال لا بسبب التجارة لانه كالمحجور في حقه قال وليس له ان يتزوج لانه ليس بتجارة قال ولا يزوج مماليكه وقال ابو يوسف يزوج الامة لانه تحصيل المال بمنافعها فاشبه اجارتها ولهما ان الاذن يتضمن التجارة وهذا ليس بتجارة ولهذا لا يملك تزويج العبد وعلى هذا الخلاف الصبي المأذون والمضارب والشريك شركة عنان والاب والوصي قال ولا يكاتب لانه ليس بتجارة اذ هي مبادلة المال بالمال والبدل فيه مقابل بفك الحجر فلم يكن تجارة الا ان يجيزه المولى ولا دين عليه لان المولى قد ملكه ويصير العبد نائبا عنه ويرجع الحقوق الى المولى لان الوكيل في الكتابة سفير قال ولا يعتق على مال لانه لا يملك الكتابة فالاعتاق اولى ولا يقرض لانه تبرع محض كالهبة ولا يهب بعوض ولا بغير عوض وكذا لا يتصدق لان كل ذلك تبرع بصيغته ابتداء وانتهاء او ابتداء فلا يدخل تحت الاذن بالتجارة قال الا ان يهدي اليسير من الطعام او يضيف من يطعمه لانه من ضرورات التجارة استجلابا لقلوب المجاهزين بخلاف المحجور عليه لانه لا اذن له اصلا فكيف يثبت ما هو من ضروراته وعن ابي يوسف رحمه الله ان المحجور عليه اذا اعطاه المولى قوت يومه فدعا بعض رفقائه على ذلك الطعام فلا باس به بخلاف

ما اذا اعطاه قوت شهر لانهم لو اكلوه قبل الشهر يتضرر به المولى قالوا ولا باس للمراة ان
يتصدق من منزل زوجها بالشيء اليسير كالرغيف ونحوه لان ذلك غير ممنوع عنه في العادة
قال وله ان يحط من الثمن بالعيب مثل ما يحط التجار لانه من صنيعهم وربما يكون الحط
انظر له من قبول المعيب ابتداء بخلاف ما اذا حط من غير عيب لانه تبرع محض بعد تمام العقد
وليس من صنيع التجار ولا كذلك المحاباة في الابتداء لانه قد يحتاج اليها على ما بيناه
وله ان يؤجل في دين وجب له لانه من عادات التجار قال وديونه متعلقة برقبته
يباع للغرماء الا ان يفديه المولى وقال زفر والشافعي لا يباع ويباع كسبه في دينه بالاجماع
لهما ان غرض المولى من الاذن تحصيل مال لم يكن لا تفويت مال قد كان وذلك
في تعليق الدين بكسبه حتى اذا فضل شيء منه عن الدين يحصل له لا بالرقبة بخلاف دين الاستهلاك
لانه نوع جناية واستهلاك الرقبة بالجناية لا يتعلق بالاذن ولنا ان الواجب في
ذمة العبد ظهر وجوبه في حق المولى فيتعلق برقبته استيفاء كدين الاستهلاك والجامع
دفع الضرر عن الناس وهذا لان سببه التجارة وهي داخلة تحت الاذن وتعلق الدين
برقبته استيفاء حامل على المعاملة فمن هذا الوجه صلح غرضا للمولى وينعدم الضرر
في حقه بدخول المبيع في ملكه وتعلقه بالكسب لا ينافي تعلقه بالرقبة فيتعلق بهما
غير انه يبدأ بالكسب في الاستيفاء ايفاء لحق الغرماء وابقاء لمقصود المولى وعند انعدامه
يستوفى من الرقبة وقوله في الكتاب ديونه المراد منه دين وجب بالتجارة او بما هو في
معناها كالبيع والشراء والاجارة والاستيجار وضمان المغصوب والودايع والامانات
اذا جحدها وما يجب من العقر بوطء المشتراة بعد الاستحقاق لاستناده الى الشراء
فيلتحق به قال ويقسم ثمنه بينهم بالحصص لتعلق حقهم بالرقبة فصار كتعلقها
بالتركة فان فضل شيء من ديونه طولب به بعد الحرية لتقرر الدين في ذمته وعدم
وفاء الرقبة ولا يباع ثانيا كيلا يمتنع البيع او دفعا للضرر عن المشتري ويتعلق دينه
بكسبه سواء حصل قبل لحوق الدين او بعده ويتعلق بما يقبل من الهبة لان المولى
انما يخلفه في الملك بعد فراغه عن حاجة العبد ولم يفرغ ولا يتعلق بما انتزعه المولى
من يده قبل الدين لوجود شرط الخلوص له وله ان ياخذ غلة مثله بعد الدين لانه لو لم
يمكن منه يحجر عليه فلا يحصل الكسب والزيادة على غلة المثل يرده على الغرماء لعدم
الضرورة فيها وتقدم حقهم قال وان حجر عليه لم ينحجر حتى يظهر حجره بين اهل سوقه لانه
لو انحجر لتضرر الناس به لتأخر حقهم الى ما بعد العتق لما لم يتعلق برقبته وكسبه وقد
بايعوه على رجاء ذلك ويشترط علم اكثر اهل سوقه حتى لو حجر عليه في السوق وليس فيه
الا رجل او رجلان لم ينحجر ولو بايعوه جاز وان بايعه الذي علم بحجره ولو حجر عليه في بيته

بمحضر

بمحضر من اهل سوقه ينحجر والمعتبر شيوع الحجر واشتهاره فيقام ذلك مقام الظهور عند
الكل كما في تبليغ الرسالة من الرسل عليهم السلام ويبقى العبد ماذونا الى ان يعلم بالحجر
كالوكيل الى ان يعلم بالعزل وهذا لانه يتضرر به حيث يلزمه قضاء الدين من خالص ماله
بعد العتق وما رضي به وانما يشترط الشيوع في الحجر اذا كان الاذن شايعا اما اذا لم يعلم
به الا العبد ثم حجر عليه بعلم منه ينحجر لانه لا ضرر قال ولو مات المولى او جن او
لحق بدار الحرب مرتدا صار الماذون محجورا لان الاذن غير لازم وما لا يكون لازما من التصرف
يعطى لدوامه حكم الابتداء هذا هو الاصل فلا بد من قيام اهلية الاذن في حالة البقاء
وهي تنعدم بالموت والجنون وكذا باللحوق لانه موت حكما حتى يقسم ماله بين ورثته
قال واذا ابق العبد صار محجورا عليه وقال الشافعي يبقى ماذونا لان الاباق
لا ينافي ابتداء الاذن فكذا لا ينافي البقاء وصار كالغصب ولنا ان الاباق حجر
دلالة لانه انما يرضى بكونه ماذونا على وجه يتمكن من تقضية دينه بكسبه بخلاف ابتداء
الاذن لان الدلالة لغو بخلافها وبخلاف الغصب لان الانتزاع من يد الغاصب متيسر
قال واذا ولدت الماذون لها من مولاها فذلك حجر عليها خلافا لزفر وهو يعتبره
البقاء بالابتداء ولنا ان الظاهر انه يحصنها بعد الولادة فيكون دلالة الحجر
بخلاف الابتداء لان الصريح قاض على الدلالة ويضمن المولى قيمتها ان ركبتها ديون
لاتلافه محلا تعلق به حق الغرماء اذ به يمتنع البيع وبه يقضى حقهم قال واذا
استدانت الماذون لها اكثر من قيمتها فدبرها المولى فهي ماذون لها على حالها لانعدام
دلالة الحجر اذ العادة ما جرت بتحصين المدبرة ولا منافاة بين حكميهما ايضا والمولى ضامن
لقيمتها لما قررناه في ام الولد قال واذا حجر على الماذون فاقراره جائز فيما في
يده من المال عند ابي حنيفة ومعناه ان يقر بما في يده انه امانة لغيره او غصب منه او يقر
بدين عليه فيقضى مما في يده وقال ابو يوسف ومحمد لا يجوز اقراره لهما ان المصحح
لاقراره ان كان الاذن فقد زال بالحجر وان كان اليد فالحجر ابطلها لان يد المحجور عليه غير
معتبرة فصار كما اذا اخذ المولى كسبه من يده قبل اقراره او ثبت حجره بالبيع من غيره و
لهذا لا يصح اقراره في حق الرقبة بعد الحجر وله ان المصحح هو اليد ولهذا لا يصح
اقرار الماذون فيما اخذه المولى من يده واليد باقية حقيقة وشرط بطلانها بالحجر حكما
فراغها عن حاجته واقراره دليل تحققها بخلاف ما اذا انتزعه المولى من يده قبل الاقرار
لان يد المولى ثابتة حقيقة وحكما فلا تبطل باقراره وكذا ملكه ثابت في رقبته فلا يبطل
باقراره من غير رضاه وهذا بخلاف ما اذا باعه لان العبد قد تبدل بتبدل الملك
على ما عرف فلا يبقى ما ثبت بحكم الملك الاول ولهذا لم يكن خصما فيما باشره قبل البيع

واذا لزمه ديون يحيط بماله ورقبته لم يملك المولى ما في يده ولو اعتق من كسبه عبدا
لم يعتق عند ابي حنيفة وقالا يملك ما في يده ويعتق وعليه قيمته لانه وجد سبب الملك
في كسبه وهو ملك رقبته ولهذا يملك اعتاقه ووطي الجارية الماذون لها وهذا اية
كماله بخلاف الوارث لانه يثبت الملك له نظرا للمورث والنظر في ضده عند احاطة الدين
بتركته اما ملك المولى فما يثبت نظرا للعبد وله ان ملك المولى انما يثبت خلافة عن العبد
عند فراغه عن حاجته كملك الوارث على ما قررناه والمحيط به الدين مشغول بها فلا
يخلفه واذا عرف ثبوت الملك وعدمه فالعتق فريعته واذا نفذ عندهما يضمن
قيمته للغرما لتعلق حقهم به قال واذا لم يكن الدين محيطا بماله جاز عتقه
في قولهم جميعا اما عندهما ظاهر وكذا عنده لانه لا يعرى عن قليله فلو جعل مانعا لا
يسد باب الانتفاع بكسبه فيختل ما هو المقصود من الاذن ولهذا لا يمنع ملك الوارث
والمستغرق يمنعه قال واذا باع من المولى شيئا بمثل قيمته جاز لانه كالاجنبي عنه
اذا كان عليه دين يحيط بكسبه وان باعه بنقصان لم يجز لانه متهم في حقه بخلاف ما اذا
حابى الاجنبي عند ابي حنيفة لانه لا تهمة فيه وبخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل
قيمته حيث لا يجوز عنده لان حق بقية الورثة تعلق بعينه حتى كان لاحدهم الاستخلاص
باداء قيمته اما حق الغرما تعلق بالمالية لا غير فافترقا وقالا ان باعه
بنقصان يجوز البيع ويخير المولى ان شا ازال المحاباة وان شا نقض وعلى المذهبين
اليسير من المحاباة والفاحش سوا ووجه ذلك ان الامتناع لدفع الضرر عن الغرما
وبهذا يندفع الضرر عنهم وهذا بخلاف البيع من الاجنبي بالمحاباة اليسيرة حيث
يجوز ولا يومر بازالة المحاباة والمولى يومر بها لان البيع باليسير منها متردد بين التبرع
والبيع لدخوله تحت تقويم المقومين فاعتبرناه تبرعا في البيع من المولى للتهمة غير
تبرع في حق الاجنبي لانعدامها وبخلاف ما اذا باع من الاجنبي بالكثير من المحاباة حيث
لا يجوز اصلا عندهما ومن المولى يجوز ويومر بازالة المحاباة لان المحاباة لا تجوز من العبد
الماذون على اصلهما الا باذن المولى ولا اذن في البيع مع الاجنبي وهو اذن بمباشرته
بنفسه غير ان ازالة المحاباة لحق الغرما وهذا الفرقان على اصلهما قال وان
باعه المولى شيئا بمثل القيمة او اقل جاز البيع لان المولى اجنبي عن كسبه اذا كان عليه دين
على ما بينا ولا تهمة في هذا البيع ولانه مفيد فانه يدخل في كسب العبد ما لم يكن فيه
ويتمكن المولى من اخذ الثمن بعد ان لم يكن له هذا التمكن وصحة التصرف تتبع الفائدة
فان سلم اليه قبل قبض الثمن بطل الثمن لان حق المولى في العين من حيث الحبس ولو بقي
بعد سقوطه يبقى في الدين ولا يستوجب المولى على عبده دينا بخلاف ما اذا كان الثمن
عرضا لانه يتعين وجاز ان يبقى حقه متعلقا بالعين قال وان امسكه في يده

حتى

حتى يستوفي الثمن جاز لان البايع له حق الحبس ولهذا كان احق به من الغرما وجاز ان
يكون للمولى حق في الدين اذا كان يتعلق بالعين ولو باعه باكثر من قيمته يومر بازالة
المحاباة او ننقض البيع كما بينا في جانب العبد لان الزيادة تعلق بها حق الغرماء
واذا اعتق المولى الماذون وعليه ديون فعتقه جايز لان ملكه فيه باق والمولى ضامن
لقيمته للغرماء لانه اتلف ما تعلق به حقهم بيعا واستيفاء من ثمنه وما بقي من الديون
يطالب به بعد العتق لان الدين في ذمته وما لزم المولى الا بقدر ما اتلف ضمانا
فبقي الباقي عليه كما كان وان كان اقل من قيمته ضمن الدين لا غير لان حقهم بقدره
بخلاف ما اذا اعتق المدبر وام الولد الماذون لهما وقد ركبتهما ديون لانه
حق الغرما ما يتعلق برقبتهما استيفاء بالبيع فلم يكن المولى متلفا حقهم فلا يضمن شيا
قال فان باعه المولى وعليه دين يحيط برقبته وقبضه المشتري وغيبه فان شا
الغرما ضمنوا البايع قيمته وان شاوا ضمنوا المشتري لان العبد تعلق به حقهم حتى
كان لهم ان يبيعوه الا ان يقضي المولى دينهم والبايع متلف بالبيع والتسليم والمشتري
بالقبض والتغييب فيخيرون في التضمين وان شاوا اجازوا البيع واخذوا الثمن لان
الحق لهم والاجازة اللاحقة كالاذن السابق كما في المرهون فان ضمنوا البايع قيمته
ثم رد على المولى بعيب فللمولى ان يرجع بالقيمة ويكون حق الغرما في العبد لان سبب
الضمان قد زال وهو البيع والتسليم وصار كالغاصب اذا باع وسلم وضمن القيمة ثم
رد عليه بالعيب كان له ان يرد على المالك ويسترد القيمة كذا هذا قال ولو كان المولى
باعه من رجل واعلمه بالدين فللغرما ان يردوا البيع لتعلق حقهم وهو حق الاستسعا
والاستيفاء من رقبته وفي كل منهما فايدة فالاول تام موجل والثاني ناقص معجل وبالبيع
يفوت هذه الخيرة فلهذا لهم ان يردوه قالوا تاويله اذا لم يصل اليهم الثمن فان
وصل ولا محاباة في البيع ليس لهم ان يردوه لوصول حقهم اليهم قال فان كان البايع
غايبا فلا خصومة بينهم وبين المشتري معناه اذا انكر الدين وهذا عند ابي حنيفة
ومحمد وقال ابو يوسف المشتري خصم ويقضي لهم بدينهم وعلى هذا الخلاف اذا اشترى
دارا ووهبها وسلمها وغاب ثم حضر الشفيع فالموهوب له ليس بخصم عندهما خلافا له
وعنهما مثل قوله في مسالة الشفعة لابي يوسف انه يدعي الملك لنفسه فيكون خصما
لكل من ينازعه ولهما ان الدعوى يتضمن فسخ العقد وقد قام بهما فيكون الفسخ قضا
على الغايب قال ومن قدم مصرا وقال انا عبد لفلان فاشترى وباع لزمه كل شي
من التجارة لانه ان اخبر بالاذن فالاخبار دليل عليه وان لم يخبر فتصرفه جايز اذ الظاهر
ان المحجور يجري على موجب حجره والعمل بالظاهر هو الاصل في المعاملات كيلا يضيق

الامر على الناس لانه لا يباع حين يحضر مولاه لانه لا يقبل قوله في الرقبة لانها خالص حق المولى بخلاف الكسب لانه حق العبد على ما بيناه فان حضر فقال هو ماذون بيع الدين لانه ظهر الدين في حق المولى وان قال هو محجور فالقول قوله لانه متمسك بالاصل

فصل وان اذن ولي الصبي للصبي في التجارة فهو في البيع والشراء كالعبد الماذون اذا كان يعقل البيع حتى ينفذ تصرفه وقال الشافعي لا ينفذ لان حجره لصباه فيبقى ببقائه ولانه مولى عليه حتى يملك المولى التصرف عليه فلا يكون واليا للمنافاة وصار كالطلاق والعتاق بخلاف الصوم والصلاة لانه لا يقام بالولي وكذا الوصية على اصله فتحققت الضرورة الى تنفيذه منه اما البيع والشراء فيتولاه الولي فلا ضرورة ولنا ان التصرف المشروع صدر من اهله في محله عن ولاية شرعية فوجب تنفيذه على ما عرف تقريره في الخلافيات والصبا سبب الحجر لعدم الهداية لا لذاته وقد ثبتت نظرا الى اذن الولي وبقاء ولايته لنظر الصبي لاستيفاء المصلحة بطريقين واحتمال تبدل الحال بخلاف الطلاق والعتاق لانه ضار محض فلم يؤهل له قبل الاذن والبيع والشراء دائر بين النفع والضرر فيجعل اهلا له بعد الاذن لا قبله لكن قبل الاذن يكون موقوفا منه على اجازة الولي لاحتمال وقوعه نظرا وصحة التصرف في نفسه وذكر الولي في الكتاب ينتظم الاب والجد عند عدمه والوصي والقاضي والوالي بخلاف صاحب الشرط لانه ليس اليه تقليد القضاة والشرط ان يعقل كون البيع سالبا للملك جالبا للربح والتشبيه بالعبد الماذون يفيد ان ما يثبت في العبد من الاحكام يثبت في حقه لان الاذن فك الحجر والماذون يتصرف باهلية نفسه عبدا كان او صبيا فلا يتقيد تصرفه بنوع دون نوع ويصير ماذونا بالسكوت كما في العبد ويصح اقراره بما في يده من كسبه وكذا بموروثه في ظاهر الرواية كما يصح اقرار العبد ولا يملك تزويج عبده ولا كتابته كما في العبد والمعتوه الذي يعقل البيع والشراء بمنزلة الصبي يصير ماذونا باذن الاب والوصي والجد دون غيرهم على ما بيناه وحكمه حكم الصبي

كتاب الغصب

الغصب في اللغة اخذ الشيء من الغير على سبيل التغلب للاستعمال فيه بين اهل اللغة وفي الشريعة اخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يده حتى كان استخدام العبد وحمل الدابة غصبا دون الجلوس على البساط ثم ان كان مع العلم فحكمه الماثم والمغرم وان كان بدونه فالضمان لانه حق العبد فلا يتوقف على قصده ولا اثم لان الخطا موضوع قال ومن غصب شيئا له مثل كالمكيل والموزون فهلك في يده فعليه مثله وفي بعض النسخ فعليه ضمان مثله فلا تفاوت بينهما وهذا لان الواجب هو المثل لقوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ولان المثل اعدل لما فيه من مراعاة الجنس والمالية فكان ادفع للضرر قال فان لم يقدر على مثله

فعليه

فعليه قيمته يوم يختصمون وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف يوم الغصب وقال محمد يوم الانقطاع لابي يوسف انه لما انقطع التحق بما لا مثل له فيعتبر قيمته يوم انعقاد السبب اذ هو الموجب ولمحمد ان الواجب المثل في الذمة وانما ينتقل الى القيمة بالانقطاع فيعتبر قيمته يوم الانقطاع ولابي حنيفة ان النقل لا يثبت بمجرد الانقطاع ولهذا لو صبر الى ان يوجد جنسه له ذلك وانما ينتقل بقضاء القاضي فيعتبر قيمته يوم الخصومة والقضاء بخلاف ما لا مثل له لانه مطالب بالقيمة باصل السبب كما وجد فيعتبر قيمته عند ذلك قال وما لا مثل له فعليه قيمته يوم غصبه معناه العدديات المتفاوتة لانه لما تعذر مراعاة الحق في الجنس فيراعى في المالية وحدها دفعا للضرر بقدر الامكان اما العددي المتقارب فهو كالمكيل حتى يجب مثله لقلة التفاوت وفي البر المخلوط بالشعير القيمة لانه لا مثل له قال وعلى الغاصب رد العين معناه ما دام قائما لقوله عليه السلام على اليد ما اخذت حتى ترد وقال عليه السلام لا يحل لاحد ان ياخذ متاع اخيه لاعبا ولا جادا فان اخذه فليرده عليه ولان اليد حق مقصود وقد فوتها عليه فيجب اعادتها بالرد اليه وهو الموجب الاصلي على ما قالوا ورد القيمة مخلص خلفا لانه قاصر اذ الكمال في رد العين والمالية وقيل الموجب الاصلي القيمة ورد العين مخلص ويظهر ذلك في بعض الاحكام والواجب الرد في المكان الذي غصبه لتفاوت القيم بتفاوت الاماكن فان ادعى هلاكها حبسه الحاكم حتى يعلم انها لو كانت باقية لاظهرها ثم قضى عليه ببدلها لان الواجب رد العين والهلاك بعارض فهو يدعي امرا عارضا خلاف الظاهر فلا يقبل قوله كما اذا ادعى الافلاس وعليه ثمن متاع في يده فيحبس الى ان يعلم ما يدعيه واذا علم الهلاك سقط عنه رده فيلزمه رد بدله وهو القيمة قال والغصب فيما ينقل ويحول لان الغصب بحقيقته يتحقق فيه دون غيره لان ازالة اليد بالنقل واذا غصب عقارا فهلك في يده لم يضمنه وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يضمنه وهو قول ابي يوسف الاول وبه قال الشافعي لتحقق اثبات اليد ومن ضرورته زوال يد المالك لاستحالة اجتماع اليدين على محل واحد في حالة واحدة فيتحقق الوصفان وهو الغصب على ما بينا فصار كالمنقول وجحود الوديعة ولهما ان الغصب اثبات اليد بازالة يد المالك بفعل في العين وهذا لا يتصور في العقار لان يد المالك لا تزول الا باخراجه عنها وهو فعل فيه فصار كما اذا بعد المالك عن المواشي وفي المنقول النقل فعل فيه وهو الغصب ومسألة الجحود ممنوعة ولو سلم فالضمان هناك بترك الحفظ الملتزم وبالجحود تارك لذلك قال وما نقص منه بفعله وسكناه ضمنه في قولهم جميعا لانه اتلاف والعقار يضمن به كما اذا نقل ترابه لانه فعل في العين ويدخل فيما قاله اذا انهدم الدار بسكناه وعمله فلو غصب دارا وباعها وسلمها واقر بذلك ولا بينة لصاحب الدار فهو على الاختلاف في الغصب هو الصحيح قال واذا انتقص بالزراعة

يجبر النقصان لانه اتلف البعض فياخذ راس ماله ويتصدق بالفضل قال رضي الله عنه
وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا يتصدق وسنذكر الوجه من الجانبين
ان شاء الله قال واذا هلك النقلي في يد الغاصب بفعله او بغير فعله ضمنه وفي
اكثر نسخ المختصر واذا هلك المغصوب والمنقول هو المراد لما سبق ان الغصب فيما ينقل وهذا
لان العين دخل في ضمانه بالغصب السابق اذ هو السبب وعند العجز عن رده يجب القيمة او يتقرر
بذلك السبب ولهذا يعتبر قيمته يوم الغصب وان نقص في يده ضمن النقصان لانه دخل جميع
اجزائه في ضمانه بالغصب فما تعذر رد عينه يجب رد قيمته بخلاف تراجع السعر اذا رد في
مكان الغصب لانه عبارة عن فتور الرغبات دون فوات الجزء وبخلاف المبيع لانه ضمان عقد
اما الغصب فقبض والاوصاف تضمن بالفعل لا بالعقد على ما عرف قال رضي الله عنه
ومراده غير الربوي اما في الربويات لا يمكنه تضمين النقصان مع استرداد الاصل لانه
يؤدي الى الربوا قال ومن غصب عبدا فاستغله فنقصته الغلة فعليه النقصان
لما بينا ويتصدق بالغلة قال رضي الله عنه وهذا عندهما ايضا وعنده لا يتصدق وعلى
هذا الخلاف اذا آجر المستعير المستعار لابي يوسف انه حصل في ضمانه وملكه اما الضمان فظاهر
وكذلك الملك لان المضمونات تملك باداء الضمان مستندا عندنا ولهما انه حصل
بسبب خبيث وهو التصرف في ملك الغير وما هذا حاله فسبيله التصدق اذ الفرع يحصل
على وصف الاصل والملك المستند ناقص فلا ينعدم به الخبث فلو هلك العبد في يد الغاصب
حتى ضمنه له ان يستعين بالغلة في اداء الضمان لان الخبث لاجل المالك ولهذا لو ادى اليه
يباح له التناول فيزول الخبث بالاداء اليه بخلاف ما اذا باعه فهلك في يد المشتري
ثم استحق وغرمه ليس له ان يستعين بالغلة في اداء الثمن اليه لان الخبث ما كان لحق المشتري
الا اذا كان لا يجد غيره لانه محتاج اليه وله ان يصرفه الى حاجة نفسه فلو اصاب مالا تصدق
بمثله ان كان غنيا وقت الاستعمال وان كان فقيرا فلا شيء عليه لما ذكرنا قال ومن
غصب الفا فاشترى بها جارية فباعها بالفين ثم اشترى بالفين جارية فباعها بثلاثة آلاف
فانه يتصدق بجميع الربح وهذا عندهما واصله ان الغاصب او المودع اذا تصرف في المغصوب
او الوديعة وربح لا يطيب له الربح عندهما خلافا لابي يوسف وقد مرت الدلائل وجوابه
في الوديعة اظهر لانه لا يستند الملك الى ما قبل التصرف لانعدام سبب الضمان فلم يكن
التصرف في ملكه ثم هذا ظاهر فيما يتعين بالاشارة اما فيما لا يتعين كالثمنين فقوله في
الكتاب اشترى بها اشارة الى ان التصدق انما يجب اذا اشترى بها ونقد منها اما اذا
اشار اليها ونقد من غيرها او نقد منها واشار الى غيرها او اطلق اطلاقا ونقد منها يطيب له
وهكذا قال الكرخي لان الاشارة اذا كانت لا يفيد التعيين لا بد ان يتأكد بالنقد ليتحقق

الخبث وقال مشايخنا رحمهم الله لا يطيب قبل ان يضمن وكذا بعد الضمان بكل حال
وهو المختار لاطلاق الجواب في الجامعين والمضاربة قال وان اشترى بالالف
جارية تساوي الفين فوهبها او طعاما فاكله لم يتصدق بشيء وهذا قولهم جميعا لان
الربح انما يتبين عند اتحاد الجنس

فصل

فيما يتغير بفعل الغاصب واذا تغيرت
العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها وعظم منافعها زال ملك المغصوب
منه عنها وملكها الغاصب وضمنها ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها كمن غصب شاة
وذبحها وشواها او حنطة فطحنها او حديدا فاتخذه سيفا او صفرا فعمله آنية
وهذا كله عندنا وقال الشافعي لا ينقطع حق المالك وهو رواية عن ابي يوسف غير انه
اذا اختار اخذ الدقيق لا يضمنه النقصان عنده لانه يؤدي الى الربوا وعند الشافعي
يضمنه وعن ابي يوسف انه يزول ملكه عنه لكنه يباع في دينه وهو احق به من الغرماء
بعد موته للشافعي ان العين باقية فيبقى على ملكه ويتبعه الصنعة كما اذا هبت الريح
في الحنطة والقتها في طاحونة فطحنت ولا معتبر بفعله لانه محظور فلا يصلح سببا
للملك على ما عرف فصار كما اذا انعدم الفعل اصلا وصار كما اذا ذبح الشاة المغصوبة
وسلخها واربها ولنا انه احدث صنعة متقومة فصير حق المالك هالكا من وجه
الا ترى انه تبدل الاسم وفات معظم المقاصد وحقه في الصنعة قائم من كل وجه
فيترجح على الاصل الذي هو فائت من وجه ولا نجعله سببا للملك من حيث انه
محظور بل من حيث انه احداث الصنعة بخلاف الشاة لان اسمها باق بعد الذبح و
السلخ وهذا الوجه يشمل الفصول المذكورة ويتفرع عليه غيرها فاحفظه وقوله
ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها استحسان والقياس ان يكون له ذلك
وهو قول الحسن وزفر وهكذا عن ابي حنيفة رواه الفقيه ابو الليث ووجهه ثبوت
الملك المطلق للتصرف الا ترى انه لو وهبه او باعه جاز وجه الاستحسان قوله عليه
السلام في الشاة المذبوحة المصلية بغير رضا صاحبها اطعموها الاسارى افاد الامر
بالتصدق زوال ملك المالك وحرمة الانتفاع للغاصب قبل الارضاء ولان في اباحة
الانتفاع فتح باب الغصب فيحرم قبل الارضاء حسما لمادة الفساد ونفاذ بيعه وهبته
مع الحرمة لقيام الملك كما في الملك الفاسد واذا ادى البدل يباح له لان حق المالك
صار مستوفى بالبدل فحصلت مبادلة بالتراضي وكذا اذا ابرأه لسقوط حقه به وكذا
اذا ادى بالقضاء او ضمنه الحاكم او ضمنه المالك لوجود الرضا منه لانه لا يقضي الا بطلبه
وعلى هذا الخلاف اذا غصب حنطة فزرعها او نواة فغرسها غير ان عند ابي يوسف
يباح الانتفاع فيهما قبل اداء الضمان لوجود الاستهلاك من كل وجه بخلاف ما تقدم

لقيام العين فيه من وجه وفي الحنطة يزرعها لا يتصدق بالفضل عنده خلافا لهما
واصله ما تقدم قال وان غصب فضة او ذهبا فضربها دنانير او دراهم او
انية لم يزل ملك مالكها عند ابي حنيفة فياخذها ولا شي للغاصب وقالا يملكها
الغاصب وعليه مثلها لانه احدث صنعة معتبرة صير حق المالك هالكا من وجه الا ترى
انه كسره وفات بعض المقاصد والتبر لا يصلح راس المال في المضاربات والشركات
والمضروب يصلح لذلك وله ان العين باق من كل وجه الا ترى ان الاسم باق
ومعناه الاصلي الثمنية وكونه موزونا وانه باق حتى جرى فيه الربوا باعتباره وصلاحية
لراس المال من احكام الصنعة دون العين وكذا الصنعة فيها غير متقومة مطلقا لانه
لا قيمة لها عند المقابلة بجنسها قال ومن غصب ساحة فبنى عليها زال ملك مالكها
عنها ولزم الغاصب قيمتها وقال الشافعي للمالك اخذها والوجه من الجانبين قدمناه و
لنا فيه ان فيما ذهب اليه اضرار بالغاصب بنقض بنائه الحاصل من غير خلف وضرر المالك
فيما ذهبنا اليه مجبور بالقيمة فصار كما اذا خاط بالخيط المغصوب بطن جاريته
او عبده او ادخل اللوح المغصوب في سفينته ثم قال الكرخي والفقيه ابو جعفر انما لا
ينقض اذا بنى في حوالي الساحة لانه غير متعد في البنا اما اذا بنى على نفس الساحة ينقض
لانه متعد فيه وجواب الكتاب يرد ذلك وهو الاصح قال ومن ذبح شاة غيره فمالكها
بالخيار ان شاء ضمنه قيمتها وسلمها له وان شاء ضمنه نقصانها وكذا الجزور وكذا اذا قطع
يدهما هذا هو ظاهر الرواية ووجهه انه اتلاف من وجه باعتبار فوت بعض الاغراض
من الحمل والدر والنسل وبقا بعضها وهو اللحم فصار كالخرق الفاحش في الثوب ولو
كانت الدابة غير ماكول اللحم فقطع الغاصب طرفها للمالك ان يضمنه جميع قيمتها لوجود
الاستهلاك من كل وجه بخلاف قطع طرف المملوك حيث ياخذه مع ارش المقطوع لان
الادمي يبقى منتفعا به بعد قطع الطرف قال ومن خرق ثوب غيره خرقا يسيرا ضمن
نقصانه والثوب لمالكه لان العين قائم من كل وجه وانما دخله عيب فيضمنه وان خرق
خرقا كثيرا يبطل عامة منفعته فلمالكه ان يضمنه جميع قيمته لانه استهلاك من هذا
الوجه فكانه احرقه قال رضي الله عنه ومعناه يترك الثوب عليه وان شاء اخذ الثوب
وضمنه النقصان لانه تعييب من وجه من حيث ان العين باق وكذا بعض المنافع قائم
اشارة الكتاب الى ان الفاحش ما يبطل به عامة المنافع والصحيح ان الفاحش ما يفوت
به بعض العين وجنس المنفعة ويبقى بعض العين وبعض المنفعة واليسير ما لا يفوت
به شي من المنفعة وانما يدخل فيه النقصان لان محمدا جعل في الاصل قطع الثوب نقصانا
فاحشا والفايت به بعض المنافع قال ومن غصب ارضا فغرس فيها او بنى قيل له

اقلع

اقلع البنا والغرس وردها لقوله عليه السلام ليس لعرق ظالم حق ولان ملك صاحب الارض
باق فان الارض لم تصر مستهلكة والغصب لا يتحقق فيها ولا بد للملك من سبب فيؤمر
الشاغل بتفريغها كما اذا شغل ظرف غيره بطعامه فان كانت الارض تنقص بقلع ذلك
فللمالك ان يضمن له قيمة البناء والغرس مقلوعا ويكون له لان فيه نظرا لهما ودفع
الضرر عنهما وقوله قيمته مقلوعا معناه قيمة بنا او شجر يؤمر بقلعه لان حقه فيه
اذ لا قرار له فيقوم الارض بدون الشجر والبنا ويقوم وبها شجر او بنا لصاحب الارض
ان يامره بقلعه فيضمن فضل ما بينهما قال ومن غصب ثوبا فصبغه احمر او سويقا
فلته بسمن فصاحبه بالخيار ان شاء ضمنه قيمة ثوب ابيض ومثل السويق وسلمه للغاصب
وان شاء اخذهما وغرم ما زاد الصبغ والسمن فيهما وقال الشافعي في الثوب لصاحبه
ان يمسكه ويامر الغاصب بقلع الصبغ بالقدر الممكن اعتبارا بفصل الساحة لان التمييز
ممكن بخلاف السمن في السويق لان التمييز متعذر ولنا ما بينا ان فيه رعاية
الجانبين والخيرة لصاحب الثوب لكونه صاحب اصل بخلاف الساحة بنى فيها لان النقض
له بعد النقض اما الصبغ فيتلاشى وبخلاف ما اذا انصبغ بهبوب الريح لانه لا جناية
من صاحب الصبغ ليضمن الثوب فيتملك صاحب الاصل الصبغ قال ابو عصمة رحمه الله في
اصل المسئلة وان شاء رب الثوب باعه ويضرب بقيمته ابيض وصاحب الصبغ بما زاد
الصبغ فيه لان له ان يتملك الصبغ بالقيمة وعند امتناعه تعين رعاية الجانبين في البيع
ويتاتى هذا فيما اذا انصبغ الثوب بنفسه وقد ظهر بما ذكرنا الوجه في السويق غير ان السويق
يتفاوت بالقلي فلم يكن مثليا وقيل المراد من المثل سماه لقيامه مقامه والصفرة
كالحمرة ولو صبغه اسود فهو نقصان عند ابي حنيفة وعندهما زيادة وقيل هذا اختلاف
عصر وزمان وقيل ان كان ثوبا ينقصه السواد فهو نقصان وان كان ثوبا يزيد فيه
فهو كالحمرة وقد عرف في غير هذا الموضع ولو كان ثوبا ينقصه الحمرة بان كانت قيمته ثلثين
درهما فتراجعت بالصبغ الى عشرين فعن محمد انه ينظر الى ثوب يزيد فيه الحمرة فان كانت
الزيادة خمسة ياخذ ثوبه وخمسة دراهم لان احد الخمسين جبرت بالصبغ **فصل** ومن
غصب عينا فغيبها فضمنه المالك قيمتها ملكها وهذا عندنا وقال الشافعي لا يملكها لان
الغصب عدوان محض فلا يصلح سببا للملك كما في المدبر ولنا انه ملك البدل بكماله
والمبدل قابل للنقل من ملك الى ملك فيملكه دفعا للضرر عنه بخلاف المدبر لانه غير قابل
للنقل لحق المدبر نعم قد ينفسخ التدبير بالقضا لكن البيع بعده يصادف القن قال والقول
في القيمة قول الغاصب مع يمينه لان المالك يدعي الزيادة وهو ينكر فالقول قول المنكر مع
يمينه الا ان يقيم المالك البينة باكثر من ذلك لانه اثبته بالحجة الملزمة قال فان

ظهرت العين وقيمتها اكثر مما ضمن وقد ضمنها بقول المالك او ببينة اقامها او بنكول الغاصب
عن اليمين فلا خيار للمالك وهو للغاصب لانه تم له الملك بسبب اتصل به رضا المالك حيث
ادعى هذا المقدار قال فان كان ضمنه بقوله مع يمينه فهو بالخيار ان شاء امضى الضمان
وان شاء اخذ العين ورد العوض لانه لم يتم رضاه بهذا المقدار حيث يدعي الزيادة واخذ
دونها لعدم الحجة ولو ظهرت العين وقيمتها مثل ما ضمنه او دونه في هذا الفصل الاخير
فكذلك الجواب في ظاهر الرواية وهو الاصح خلافا لما قال الكرخي انه لا خيار له لانه لم يتم
رضاه حيث لم يعط ما يدعيه والخيار لفوت الرضا قال ومن غصب عبدا فباعه فضمنه
المالك قيمته فقد جاز بيعه وان اعتقه ثم ضمن القيمة لم يجز عتقه لان ملكه الثابت
فيه ناقص لثبوته مستندا او ضرورة ولهذا يظهر في حق الاكتساب دون الاولاد والناقص
يكفي لنفوذ البيع دون العتق كملك المكاتب قال وولد المغصوبة ونماؤها وثمرة
البستان المغصوب امانة في يد الغاصب ان هلك فلا ضمان عليه الا ان يتعدى فيها
او يطلبها مالكها فيمنعها اياه وقال الشافعي زوائد الغصب مضمونة متصلة كانت
او منفصلة لوجود الغصب واثبات اليد على مال الغير بغير رضاه كما في الظبية المخرجة
من الحرم اذا ولدت في يده يكون مضمونا عليه ولنا ان الغصب اثبات اليد على مال
الغير على وجه يزيل يد المالك على ما ذكرنا ويد المالك ما كانت ثابتة على هذه الزيادة حتى
يزيلها الغاصب ولو اعتبرت ثابتة على الولد لا يزيلها اذ الظاهر عدم المنع حتى لو منع الولد
بعد طلبه يضمنه وكذا اذا تعدى فيه كما قال في الكتاب وذلك بان اتلفه او ذبحه واكله
او باعه وسلمه وفي الظبية المخرجة لا يضمن ولدها اذا هلك قبل التمكن من الارسال
لعدم المنع وانما يضمنه اذا هلك بعده لوجود المنع بعد طلب صاحب الحق وهو الشرع
على هذا اكثر مشايخنا ولو اطلق الجواب فهو ضمان جناية ولهذا يتكرر بتكرره
بالاعانة والاشارة فلان تجب بما هو فوقها وهو اثبات اليد على مستحق الامن اولى واحرى
قال وما نقصت الجارية بالولادة في ضمان الغاصب فان كان في قيمة الولد وفاء به
جبر النقصان بالولد وسقط ضمانه عن الغاصب وقال زفر والشافعي لا يجبر النقصان
بالولد لان الولد ملكه فلا يصلح جابرا لملكه كما في ولد الظبية وكما اذا هلك الولد قبل
الرد او ماتت الام وبالولد وفاء وصار كما اذا جز صوف شاة او قطع قوائم شجر غيره او
خصى عبده او علمه الحرفة ولنا ان سبب الزيادة والنقصان واحد وهو الولادة
او العلوق على ما عرف وعند ذلك لا يعد نقصانا فلا يوجب ضمانا وصار كما اذا غصب
جارية سمينة فهزلت ثم سمنت او سقطت ثنيتها ثم نبتت او قطع يد المغصوب في يده
واخذ ارشها واداه مع العبد يحسب عن نقصان القطع وولد الظبية ممنوع وكذا اذا

ماتت الام وتخريج الثانية ان الولادة ليست بسبب لموت الام اذ لا تفضي اليه غالبا
بخلاف ما اذا مات الولد قبل الرد لانه لا بد من رد اصله للبراءة فكذا لا بد من رد خلفه
والخصاء لا يعد زيادة لانه غرض بعض الفسقة ولا اتحاد في السبب فيما وراء ذلك من
المسائل لان سبب النقصان القطع والجز وسبب الزيادة النمو وسبب النقصان
التعليم والزيادة سببها الفهم قال ومن غصب جارية فزنى بها ثم ردها وهي حامل
وماتت في نفاسها يضمن قيمتها يوم علقت ولا ضمان عليه في الحرة وهذا عند ابي حنيفة
وقالا لا يضمن في الامة ايضا لهما ان الرد قد صح والهلاك بعده بسبب حدث في
يد المالك وهو الولادة فلا يضمن الغاصب كما اذا حمت في يد الغاصب ثم ردها فهلكت
او زنت في يده ثم ردها فجلدت فهلكت منه وكمن اشترى جارية قد حبلت عند البائع
فولدت عند المشتري وماتت في نفاسها لا يرجع على البائع بالثمن وله انه غصبها
وما انعقد فيها سبب التلف وردت وفيها ذلك فلم يوجد الرد على الوجه الذي اخذ
فلم يصح الرد وصار كما اذا جنت في يد الغاصب جناية فردها فقتلت بها في يد المالك
او دفعت بها بان كانت الجناية خطأ يرجع على الغاصب بكل القيمة كذا هذا بخلاف الحرة
لانها لا تضمن بالغصب ليبقى ضمان الغصب بعد فساد الرد وفي فصل الشراء الواجب
ابتداء التسليم وما ذكرناه شرط صحة الرد والزنا سبب لجلد مؤلم لا جارح ولا متلف
فلم يوجد السبب في يد الغاصب قال ولا يضمن الغاصب منافع ما غصبه الا ان ينقص
باستعماله فيغرم النقصان وقال الشافعي يضمنها فيجب اجر المثل ولا تفاوت عليه
له ان المنافع اموال متقومة حتى يضمن بالعقود فكذا بالغصوب ولنا
انها حصلت على ملك الغاصب لحدوثها في امكانه اذ هي لم تكن حادثة في يد المالك
لانها اعراض لا تبقى فيملكها دفعا لحاجته والانسان لا يضمن ملكه كيف وانه لا يتحقق غصبها
واتلافها لانه لا بقاء لها ولانها لا تماثل الاعيان لسرعة فنائها وبقاء الاعيان وقد عرفت هذه المآخذ
في المختلف ولا نسلم انها متقومة في ذاتها بل تتقوم ضرورة عند ورود العقد ولم يوجد
العقد الا ان ما انتقص باستعماله مضمون عليه لاستهلاكه بعض اجزاء العين
فصل
في غصب ما لا يتقوم قال وان اتلف المسلم خمر الذمي او خنزيره ضمن وان اتلفهما المسلم
لا يضمن وقال الشافعي لا يضمنها للذمي ايضا وعلى هذا الخلاف اذا اتلفهما ذمي على ذمي
او باعهما الذمي من الذمي له انه سقط تقومهما في حق المسلم فكذا في حق الذمي لانهم
اتباع لنا في الاحكام فلا يجب باتلافهما مال متقوم وهو الضمان ولنا ان التقوم
باق في حقهم اذ الخمر لهم كالخل لنا والخنزير لهم كالشاة لنا ونحن امرنا بان نتركهم وما يدينون
والسيف موضوع فتعذر الالزام واذا بقي التقوم فقد وجد اتلاف مال مملوك متقوم فيضمنه

بخلاف الميتة والدم لان احدا من اهل الاديان لا يدين تموّلهما الا انه يجب قيمة الخمر
وان كانت من ذوات الامثال لان المسلم ممنوع عن تمليكها لكونه اعزازا لها بخلاف
ما اذا جرت المبايعة بين الذميين لان الذمي غير ممنوع عن تمليك الخمر وتملكه وهذا
بخلاف الربوا لانه مستثنى عن عقودهم وبخلاف العبد المرتد يكون للذمي لانا ما
ضمنا لهم ترك التعرض له لما فيه من الاستخفاف بالدين وبخلاف متروك التسمية
اذا كان لم يدعه لان ولاية المحاجة ثابتة قال فان غصب من مسلم خمرا فخللها
او جلد ميتة فدبغه فلصاحب الخمر ان ياخذ الخل بغير شيء وياخذ جلد الميتة ويرد
عليه ما زاد الدباغ فيه والمراد بالفصل الاول اذا خلله بالنقل من الشمس الى الظل ومنه
الى الشمس وبالفصل الثاني اذا دبغه بماله قيمة كالقرظ والعفص ونحو ذلك والفرق
ان هذا التخليل تطهير له بمنزلة غسل الثوب النجس فيبقى على ملكه اذ لا يثبت
المالية به وبهذا الدباغ اتصل بالجلد مال متقوم للغاصب كالصبغ في الثوب وكان
بمنزلته فلهذا ياخذ الخل بغير شيء وياخذ الجلد ويعطي ما زاد الدباغ فيه وبيانه
ان ينظر الى قيمته ذكيا غير مدبوغ والى قيمته مدبوغا فيضمن فضل ما بينهما وللغاصب
ان يحبسه حتى يستوفي حقه كحق الحبس في المبيع قال وان استهلكهما ضمن
الخل ولم يضمن الجلد عند ابي حنيفة وقالا يضمن الجلد مدبوغا ويعطي ما زاد الدباغ
فيه ولو هلك في يده لا يضمنه بالاجماع اما الخل فلانه لما بقي على ملك مالكه
وهو مال متقوم ضمنه بالاتلاف ويجب مثله لان الخل من ذوات الامثال
واما الجلد فلهما انه باق على ملك المالك حتى كان له ان ياخذه وهو مال
متقوم فيضمنه مدبوغا بالاستهلاك ويعطيه ما زاد الدباغ فيه كما اذا
غصب ثوبا فصبغه ثم استهلكه يضمنه ويعطيه ما زاد الصبغ فيه ولانه واجب
الرد فاذا فوته عليه خلفه قيمته كما في المستعار وبهذا فارق الهلاك بنفسه وقولهما
يعطيه ما زاد الدباغ فيه محمول على اختلاف الجنس اما عند اتحاده يطرح عنه
ذلك القدر ويؤخذ منه الباقي لعدم الفائدة في الاخذ منه ثم في الرد عليه وله
ان التقوم حصل بصنع الغاصب وصنعته متقومة لاستعماله مالا متقوما فيه
ولهذا كان له ان يحبسه حتى يستوفي ما زاد الدباغ فيه فكان حقا له والجلد تبعا
له في حق التقوم ثم الاصل وهو الصنعة غير مضمون عليه فكذا التابع كما اذا هلك
من غير صنعه بخلاف وجوب الرد حال قيامه لانه يتبع الملك والجلد غير تابع للصنعة
في حق الملك لثبوته قبلها وان لم يكن متقوما بخلافه في الذكي والثوب لان التقوم
فيهما كان ثابتا قبل الدباغ فلم يكن تابعا للصنعة ولو كان قائما فاراد المالك تركه

على الغاصب في هذا الوجه ويضمنه قيمته قيل له ليس له ذلك لان الجلد لا قيمة له بخلاف
صبغ الثوب لان له قيمة وقيل ليس له ذلك عند ابي حنيفة وعندهما له ذلك لانه اذا
تركه عليه وضمنه عجز الغاصب عن رده فصار كالاستهلاك وهو على هذا الخلاف وعلى ما بينا
ثم قيل يضمنه قيمة جلد مدبوغ ويعطيه ما زاد الدباغ فيه كما في الاستهلاك وقيل
قيمة جلد ذكي غير مدبوغ ولو دبغه بما لا قيمة له كالتراب والشمس فهو لمالكه بلا شيء
لانه بمنزلة غسل ثوب نجس ولو استهلكه الغاصب يضمن قيمته مدبوغا وقيل طاهرا
غير مدبوغ لان وصف الدباغة هو الذي حصله فلا يضمنه وجه الاول وعليه الاكثرون
ان صفة الدباغ تابعة للجلد فلا تفرد عنه واذا صار الاصل مضمونا عليه فكذا صفته
ولو خلل الخمر بالقاء الملح فيه قالوا عند ابي حنيفة صار ملكا للغاصب فلا شيء عليه وعندهما
اخذه المالك واعطى ما زاد الملح فيه بمنزلة دبغ الجلد ومعناه ههنا ان يعطي
مثل وزن الملح من الخل وان اراد المالك تركه عليه وتضمينه فهو على ما قيل وقيل في دبغ
الجلد ولو استهلكها لا يضمنها عند ابي حنيفة خلافا لهما كما في دبغ الجلد ولو خللها
بالقاء الخل فيه فعن محمد انه قال ان صار خلا من ساعته يصير ملكا للغاصب ولا شيء عليه
لانه استهلاك له وهو غير متقوم وان لم يصر خلا الا بعد زمان بان كان الملقى فيه
خلا قليلا فهو بينهما على قدر كيلهما لانه خلط الخل بالخل في التقدير وهو على اصله
ليس باستهلاك وعند ابي حنيفة هو للغاصب في الوجهين ولا شيء عليه لان نفس الخلط
استهلاك عنده ولا ضمان في استهلاك لانه اتلف ملك نفسه وعند محمد لا يضمنه بالاستهلاك
في الوجه الاول لما بينا ويضمن في الوجه الثاني لانه اتلف ملك غيره وبعض المشايخ اجروا
جواب الكتاب على اطلاقه ان للمالك ان ياخذ الخل في الوجوه كلها بغير شيء لان الملقى
فيه يصير مستهلكا في الخمر فلم يبق متقوما وقد كثرت فيه اقوال المشايخ وقد اثبتناها في
كفاية المنتهي قال ومن كسر لمسلم بربطا او طبلا او مزمارا او دفا او اراق له سكرا
او منصفا فهو ضامن وبيع هذه الاشياء جائز وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد
لا يضمن ولا يجوز بيعها وقيل الاختلاف في الدف والطبل الذي يضرب للهو فاما طبل الغزاة
والدف الذي يباح ضربه في العرس يضمن بالاتلاف من غير خلاف وقيل الفتوى في الضمان على قولهما
والسكر اسم للنيء من ماء الرطب اذا اشتد والمنصف ما ذهب نصفه بالطبخ وفي المطبوخ
ادنى طبخة وهو الباذق عن ابي حنيفة روايتان في التضمين والبيع لهما ان هذه الاشياء
اعدت للمعصية فبطل تقومها كالخمر ولانه فعل ما فعل آمرا بالمعروف وهو بامر الشرع فلا يضمنه
كما اذا فعل باذن الامام ولابي حنيفة انها اموال لصلاحيتها لما يحل من وجوه الانتفاع وان صلحت
لما لا يحل فصارت كالامة المغنية وهذا لان الفساد بفعل فاعل مختار فلا يوجب سقوط التقوم

وجواز البيع مرتبان على المالية والتقوم والامر بالمعروف باليد الى الامراء لقدرتهم وباللسان
الى غيرهم ويجب قيمتها غير صالحة للهو كما في الجارية المغنية والكبش النطوح والحمامة الطيارة
والديك المقاتل والعبد الخصي يجب القيمة غير صالحة لهذه الامور كذا هنا وفي السكر و
المنصف يجب قيمتهما ولا يجب المثل لان المسلم ممنوع عن تملك عينه وان كان لو فعل جاز وهذا
بخلاف ما اذا اتلف على نصراني صليبا حيث يضمن قيمته صليبا لانه مقر على ذلك قال
ومن غصب ام ولد او مدبرة فماتت في يده ضمن قيمة المدبرة ولم يضمن قيمة ام الولد عند ابي
حنيفة وقالا يضمن قيمتهما لان مالية المدبرة متقومة بالاتفاق ومالية ام الولد غير متقومة
عنده وعندهما متقومة والدليل ذكرناها في كتاب العتاق من هذا الكتاب

كتاب الشفعة

مشتقة من الشفع وهو الضم سميت بها لما فيها من ضم المشتراة الى عقار الشفيع قال
الشفعة واجبة في نفس المبيع ثم للخليط في حق المبيع كالشرب والطريق ثم للجار افاد هذا
اللفظ ثبوت حق الشفعة لكل واحد من هؤلاء وافاد الترتيب اما الثبوت فلقوله عليه السلام
الشفعة لشريك لم يقاسم ولقوله عليه السلام جار الدار احق بالدار والارض ينتظر له
ان كان غائبا اذا كان طريقهما واحدا ولقوله عليه السلام الجار احق بسقبه قيل يا رسول الله
ما سقبه قال شفعته ويروى الجار احق بشفعته وقال الشافعي لا شفعة بالجوار لقوله عليه
السلام الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة ولان حق الشفعة
معدول به عن سنن القياس لما فيه من تملك المال على الغير من غير رضاه وقد ورد الشرع به
فيما لم يقسم وهذا ليس في معناه لان مؤنة القسمة تلزمه في الاصل دون الفرع ولنا
ما روينا ولان ملكه متصل بملك الدخيل اتصال تأبيد وقرار فيثبت له حق الشفعة عند
وجود المعاوضة بالمال اعتبارا بمورد الشرع وهذا لان الاتصال على هذه الصفة انما
انتصب سببا فيه لدفع ضرر الجوار اذ هو مادة المضار على ما عرف وقطع هذه المادة
الاصيل اولى لان الضرر في حقه بازعاجه عن خطة آبائه اقوى وضرر القسمة مشروع لا يصلح علة
لتحقيق ضرر غيره واما الترتيب فلقوله عليه السلام الشريك احق من الخليط والخليط احق
من الشفيع فالشريك في نفس المبيع والخليط في حقوق المبيع والشفيع هو الجار
ولان الاتصال بالشركة في المبيع اقوى لانه في كل جزء وبعده الاتصال في الحقوق لانه شركة
في مرافق الملك والترجيح يتحقق بقوة السبب ولان ضرر القسمة ان لم يصلح علة صلح مرجحا
قال وليس للشريك في الطريق والشرب والجار شفعة مع الخليط في الرقبة لما ذكرنا
انه مقدم قال فان سلم فالشفعة للشريك في الطريق فان سلم اخذها الجار لما بينا
من الترتيب والمراد بهذا الجار الملاصق وهو الذي على ظهر الدار المشفوعة وبابه في سكة اخرى
وعن ابي يوسف ان مع وجود الشريك في الرقبة لا شفعة لغيره سلم او استوفى لانهم محجوبون به

وجه الظاهر ان السبب تقرر في حق الكل الا ان للشريك في الرقبة حق التقدم فاذا سلم كان
لمن يليه بمنزلة دين الصحة مع دين المرض والشريك في المبيع قد يكون في بعض منها كما في منزل معين
من الدار او جدار معين منها وهو مقدم على الجار في المنزل وكذا على الجار في بقية الدار في اصح الروايتين
عن ابي يوسف لان اتصاله اقوى والبقعة واحدة ثم لا بد ان يكون الطريق او الشرب خاصا
حتى يستحق الشفعة بالشركة فيه فالطريق الخاص ان لا يكون نافذا والشرب الخاص ان يكون
نهرا لا يجري فيه السفن وما يجري فيه فهو عام وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وعن ابي يوسف الخاص ان يكون
نهرا يسقى منه قراحان او ثلاثة وما زاد على ذلك فهو عام فان كانت سكة غير نافذة يتشعب
منها سكة غير نافذة وهي مستطيلة فبيعت دار في السفلى فلاهلها الشفعة خاصة دون
اهل العليا وان بيعت في العليا فلاهل السكتين ولو كان نهر صغير ياخذ منه نهر اصغر منه
فهو على قياس الطريق فيما بيناه قال ولا يكون الرجل بالجذوع على الحائط شفيع شركة
ولكنه شفيع جوار لان العلة هي الشركة في العقار وبوضع الجذوع لا يصير شريكا في الدار
الا انه جار ملاصق قال والشريك في الخشبة تكون على حائط الدار جار لما بينا قال
واذا اجتمع الشفعاء فالشفعة بينهم على عدد رؤوسهم ولا يعتبر اختلاف الاملاك وقال الشافعي
هي على مقادير الانصباء لان الشفعة من مرافق الملك الا يرى انها لتكميل منفعته فاشبه الربح
والغلة والولد والثمر ولنا انهم استووا في سبب الاستحقاق وهو الاتصال فيستوون
في الاستحقاق الا يرى انه لو انفرد واحد منهم استحق كل الشفعة وهذا آية كمال السبب وكثرة
الاتصال تؤذن بكثرة العلة والترجيح بقوة في الدليل لا بكثرته ولا قوة ههنا لظهور
بمقابلته وتملك ملك الغير لا يجعل ثمرة من ثمرات ملكه بخلاف الثمرة واشباهها ولو اسقط
بعضهم حقه فهي للباقين في الكل على عددهم لان الانتقاص للمزاحمة مع كمال السبب في حق كل منهم
وقد انقطعت ولو كان البعض غيبا يقضى بها بين الحضور على عددهم لان الغائب لعله لا يطلب
وان قضى لحاضر بالجميع ثم حضر آخر يقضى له بالنصف ولو حضر ثالث فبثلث ما في يد كل واحد
تحقيقا للتسوية فلو سلم الحاضر بعد ما قضى له بالجميع لا ياخذ القادم الا النصف لان قضاء
القاضي بالكل للحاضر قطع حق الغائب عن النصف بخلاف ما قبل القضاء قال والشفعة
تجب بعقد البيع ومعناه بعده لا انه هو السبب لان سببها الاتصال على ما بيناه والوجه فيه
ان الشفعة انما تجب اذا رغب البائع عن ملك الدار والبيع يعرفها ولهذا يكتفى بثبوت البيع
في حقه حتى ياخذها الشفيع اذا اقر البائع بالبيع وان كان المشتري يكذبه قال وتستقر
بالاشهاد ولا بد من طلب المواثبة لانه حق ضعيف يبطل بالاعراض فلا بد من الاشهاد والطلب
ليعلم بذلك رغبته فيه دون اعراضه عنه ولانه يحتاج الى اثبات طلبه عند القاضي ولا يمكنه
الا بالاشهاد قال ويملك بالاخذ اذا سلمها المشتري او حكم بها الحاكم لان الملك للمشتري

قديم فلا ينتقل الى الشفيع الا بالتسليم اليه او بقضاء القاضي كما في الرجوع في الهبة ونظيره
فائدتها فيما اذا مات الشفيع بعد الطلبين او باع داره المستحق بها الشفعة او بيعت دار
بجنب الدار المشفوعة قبل حكم الحاكم او تسليم الخاصم لا يورث عنه في الصورة الاولى وتبطل
شفعته في الثانية ولا يستحقها في الثالثة لانعدام الملك ثم قوله يجب بعقد البيع الشفعة
بيان انه لا يجب الا بعقد معاوضة المال بالمال على ما نبينه ان شاء الله

باب طلب الشفعة والخصومة

قال واذا علم الشفيع بالبيع اشهد في مجلسه ذلك على المطالبة ثم ينهض منه اعلم ان الطلب على
ثلاثة اوجه طلب المواثبة وهو ان يطلبها كما علم حتى لو بلغه البيع ولم يطلب بطلت شفعته
لما ذكرنا ولقوله عليه السلام الشفعة لمن واثبها ولو اخبر بكتاب والشفعة في اوله او في
وسطه فقرا الكتاب الى آخره بطلت شفعته وعلى هذا عامة المشايخ وهو رواية عن محمد وعنه
ان له مجلس العلم والروايتان في النوادر وبالثانية اخذ الكرخي لانه لما ثبت له خيار التملك
لا بد من زمان التأمل كما في المخيرة ولو قال بعد ما بلغه البيع الحمد لله او لا حول ولا قوة الا بالله
او قال سبحان الله لا تبطل شفعته لان الاول حمد على الخلاص من جواره والثاني تعجب منه
لقصد اضراره والثالث لافتتاح كلامه فلا يدل شيء منه على الاعراض وكذا اذا قال من
ابتاعها وبكم بيعت لانه يرغب فيها بثمن دون ثمن ويرغب عن مجاورة بعض دون بعض والمراد
بقوله في الكتاب اشهد في مجلسه على المطالبة طلب المواثبة والاشهاد فيه ليس بلازم
انما هو لنفي التجاحد والتقييد بالمجلس اشارة الى ما اختاره الكرخي ويصح الطلب بكل لفظ يفهم
منه طلب الشفعة كما اذا قال طلبت الشفعة او اطلبها او انا طالبها لان الاعتبار للمعنى
واذا ابلغ الشفيع بيع الدار لم يجب عليه الاشهاد حتى يخبره رجلان او رجل وامرأتان او واحد
عدل عند ابي حنيفة وقالا يجب عليه ان يشهد اذا اخبره واحد حرا كان او عبدا صبيا او امرأة
اذا كان الخبر حقا واصل الاختلاف في عزل الوكيل وقد ذكرناه بدلائله واخواته فيما تقدم
وهذا بخلاف المخيرة اذا اخبرت عنده لانه ليس فيه الزام حكم وبخلاف ما اذا اخبر المشتري
لانه خصم والعدالة غير معتبرة في الخصوم والثاني طلب التقرير والاشهاد
لانه محتاج اليه لاثباته عند القاضي على ما ذكرنا ولا يمكنه الاشهاد ظاهرا على طلب المواثبة
لانه على فور العلم بالشراء فيحتاج بعد ذلك الى طلب الاشهاد والتقرير وبيانه ما قال في
الكتاب ثم ينهض منه يعني من المجلس ويشهد على البائع ان كان المبيع في يده معناه لم يسلم
الى المشتري او على المبتاع او عند العقار فاذا فعل ذلك استقرت شفعته وهذا لان
كل واحد منهما خصم فيه لان للاول اليد وللثاني الملك وكذا يصح الاشهاد عند المبيع لان الحق
متعلق به فان سلم البائع المبيع لم يصح الاشهاد عليه لخروجه من ان يكون خصما اذ لا يد له ولا
ملك فصار كالاجنبي وصورة هذا الطلب ان يقول ان فلانا اشترى هذه الدار وانا شفيعها

وقد كنت طلبت الشفعة واطلبها الآن فاشهدوا على ذلك وعن ابي حنيفة انه يشترط تسمية المبيع
وتحديده لان المطالبة لا تصح الا في معلوم والثالث طلب الخصومة والتمليك وسنذكر كيفيته
ان شاء الله قال ولا يسقط بتاخير هذا الطلب عند ابي حنيفة وهو رواية عن ابي يوسف وقال محمد
ان تركها شهرا بعد الاشهاد بطلت شفعته وهو قول زفر معناه اذا تركها من غير عذر وعن ابي يوسف
اذا ترك المخاصمة في مجلس من مجالس القاضي تبطل شفعته لانه اذا مضى مجلس من مجالسه ولم يخاصم
فيه اختيارا دل ذلك على اعراضه وتسليمه وجه قول محمد انه لو لم يسقط بتاخير الخصومة ابدا
يتضرر به المشتري لانه لا يمكنه التصرف حذار نقضه من جهة الشفيع فقدرناه بشهر لانه آجل وما
دونه عاجل على ما مر في الايمان وجه قول ابي حنيفة وهو ظاهر المذهب وعليه الفتوى ان الحق
متى ثبت واستقر لا يسقط الا باسقاطه وهو التصريح بلسانه كما في سائر الحقوق وما ذكر
من الضرر يشكل بما اذا كان غائبا ولا فرق في حق المشتري بين الحضر والسفر ولو علم انه لم يكن في البلدة
قاض لا تبطل شفعته بالتاخير بالاتفاق لانه لا يتمكن من الخصومة الا عند القاضي فكان
عذرا قال واذا تقدم الشفيع الى القاضي فادعى الشراء وطلب الشفعة سال القاضي المدعى
عليه فان اعترف بملكه الذي يشفع به والا كلفه اقامة البينة لان اليد ظاهر محتمل فلا يكفي
لاثبات الاستحقاق قال رحمه الله يسال القاضي المدعي قبل ان يقبل على المدعى عليه عن موضع
الدار وحدودها لانه ادعى حقا فيها فصار كما اذا ادعى رقبتها واذا بين ذلك يساله عن سبب
شفعته لاختلاف اسبابها فان قال انا شفيعها بدار لي تلاصقها الآن تم دعواه على ما
قاله الخصاف وذكر في الفتاوى تحديد هذه الدار التي يشفع بها ايضا وقد بيناه في كتابنا
الموسوم بالتجنيس والمزيد قال فان عجز عن البينة استحلف المشتري بالله ما تعلم انه مالك
للذي ذكره مما يشفع به معناه بطلب الشفيع لانه ادعى عليه معنى لو اقر به لزمه ثم هو استحلاف
على ما في يد غيره فيحلف على العلم فان نكل او قامت للشفيع بينة ثبت ملكه التي بها يشفع وثبت
الجوار فبعد ذلك ساله القاضي يعني المدعى عليه هل ابتاع ام لا فان انكر الابتياع قيل
للشفيع اقم البينة لان الشفعة لا تجب الا بعد ثبوت البيع وثبوته بالحجة قال فان عجز
عنها استحلف المشتري بالله ما ابتاع او بالله ما يستحق عليه في هذه الدار شفعة من الوجه الذي ذكره
فهذا على الحاصل والاول على السبب وقد استوفينا الكلام فيه في الدعوى وذكرنا الاختلاف
بتوفيق الله وانما يحلفه على البتات لانه استحلاف على فعله وعلى ما في يده اصالة وفي مثله
يحلف على البتات قال ويجوز المنازعة في الشفعة وان لم يحضر الشفيع الثمن الى مجلس
القاضي فاذا قضى القاضي بالشفعة لزمه احضار الثمن وهذا ظاهر رواية الاصل وعن محمد انه
لا يقضي حتى يحضر الشفيع الثمن وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة لان الشفيع عساه يكون مفلسا
فيتوقف القضاء على احضاره حتى لا يتوى مال المشتري وجه الظاهر انه لا ثمن له عليه قبل القضاء

ولهذا لا يشترط تسليمه فكذا لا يجب احضاره واذا قضي له بالدار فللمشتري ان يحبسه حتى يستوفي
الثمن وينفذ القضاء عند محمد ايضا لانه فصل مجتهد فيه ووجب عليه الثمن فيحبس فيه فلو
اخر اداء الثمن بعد ما قال له ادفع الثمن لا تبطل شفعته لانها تاكدت بالخصومة عند
القاضي قال وان احضر الشفيع البايع والمبيع في يده فله ان يخاصمه في الشفعة
لان اليد له وهي يد مستحقة ولا يسمع القاضي البينة حتى يحضر المشتري فيفسخ البيع بمشهد
منه ويقضي بالشفعة على البايع ويجعل العهدة عليه لان الملك للمشتري واليد للبايع
والقاضي يقضي بهما للشفيع فلا بد من حضورهما بخلاف ما اذا كانت الدار قد قبضت
حيث لا يعتبر حضور البايع لانه صار اجنبيا اذ لا يبقى له يد ولا ملك وقوله فيفسخ البيع
بمشهد منه اشارة الى علة اخرى وهي ان البيع في حق المشتري اذا كان ينفسخ ملك وقوله
فيفسخ البيع بمشهد منه لا بد من حضوره ليقضي بالفسخ عليه ثم وجه هذا الفسخ المذكور
ان ينفسخ في حق الاضافة لامتناع قبض المشتري بالاخذ بالشفعة وهو يوجب الفسخ
الا انه يبقى اصل البيع لتعذر انفساخه لان الشفعة بناء عليه ولكنه يتحول الصفقة
اليه ويصير كانه هو المشتري منه فلهذا يرجع بالعهدة على البايع بخلاف ما اذا قبضه المشتري
فاخذه من يده حيث يكون العهدة عليه لانه تم ملكه بالقبض وفي الوجه الاول امتنع قبض
المشتري وانه يوجب الفسخ وقد طولنا الكلام فيه في كفاية المنتهى بتوفيق الله تعالى
ومن اشترى دارا لغيره فهو الخصم للشفيع لانه هو العاقد والاخذ بالشفعة من حقوق العقد
فيتوجه عليه قال الا ان يسلمها الى الموكل لانه لم يبق له يد ولا ملك فيكون الخصم هو الموكل
وهذا لان الوكيل كالبايع من الموكل على ما عرف فتسليمه اليه كتسليم البايع الى المشتري
فيصير الخصومة معه الا انه مع ذلك قايم مقام الموكل فيكتفي بحضوره في الخصومة قبل
التسليم وكذلك اذا كان البايع وكيلا لغايب فللشفيع ان ياخذها منه اذا كانت في يده
لانه عاقد وكذا اذا كان البايع وصيا لميت فيما يجوز بيعه لما ذكرنا قال واذا قضي
للشفيع بالدار ولم يكن رآها فله خيار الرؤية وان وجد بها عيبا فله ان يردها وان كان
المشتري شرط البراءة منه لان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء الا ترى انه مبادلة المال بالمال فيثبت
فيه الخياران كما في الشراء ولا يسقط بشرط البراءة من المشتري ولا برؤيته لانه ليس بنايب عنه فلا يملك
اسقاط حقه **فصل** في الاختلاف قال وان اختلف الشفيع والمشتري في الثمن فالقول قول
المشتري لان الشفيع يدعي استحقاق الدار عليه عند نقد الاقل وهو ينكر والقول قول المنكر
مع يمينه ولا يتحالفان لان الشفيع ان كان يدعي عليه استحقاق الدار فالمشتري لا يدعي عليه
شيا لتخيره بين الترك والاخذ ولا نص ههنا فلا يتحالفان ولو اقاما البينة فالبينة للشفيع
عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف البينة بينة المشتري لانها اكثر اثباتا فصار كبينة

البايع والوكيل والمشتري من العدو ولهما انه لا تنافي في فيجعل كان الموجود بيعان وللشفيع
ان ياخذ بايهما شاء وهذا بخلاف البايع مع المشتري لانه لا يتوالى بينهما عقدان الا بانفساخ
الاول وههنا الفسخ لا يظهر في حق الشفيع وهو التخريج لبينة الوكيل لانه كالبايع والموكل
كالمشتري منه كيف وانها ممنوعة على ما روي عن محمد واما المشتري من العدو فقلنا ذكر في
السير الكبير ان البينة بينة المالك القديم فلنا ان نمنع وبعد التسليم نقول لا يصح الثاني
هنالك الا بفسخ الاول اما ههنا فبخلافه ولان بينة الشفيع ملزمة وبينة المشتري
غير ملزمة والبينات للالزام قال واذا ادعى المشتري ثمنا وادعى البايع اقل منه
ولم يقبض الثمن اخذها الشفيع بما قال البايع وكان ذلك حطا عن المشتري وهذا لان
الامر ان كان على ما قال البايع فقد وجبت الشفعة به وان كان على ما قال المشتري فقد
حط البايع بعض الثمن وهذا الحط يظهر في حق الشفيع على ما نبين ان شاء الله ولان التملك
على البايع بايجابه فكان القول قوله في مقدار الثمن ما بقيت مطالبته فياخذ الشفيع بقوله
ولو ادعى البايع الاكثر يتحالفان ويترادان وايهما نكل ظهر ان الثمن ما يقوله الاخر فياخذها
الشفيع بذلك وان حلفا يفسخ القاضي البيع على ما عرف وياخذها الشفيع بقول البايع
لان فسخ البيع لا يوجب بطلان حق الشفيع قال وان كان قبض الثمن اخذ بما قال
المشتري ان شاء ولم يلتفت الى قول البايع لانه لما استوفى الثمن انتهى حكم العقد
وخرج هو من البين فصار كالاجنبي وبقي الاختلاف بين المشتري والشفيع وقد بيناه ولو كان
نقد الثمن غير ظاهر فقال البايع بعت الدار بالف وقبضت الثمن ياخذها الشفيع بالالف
لانه لما بدا بالاقرار بالبيع تعلقت الشفعة به فبقوله بعد ذلك قبضت الثمن يريد اسقاط
حق الشفيع فيرد عليه ولو قال قبضت الثمن وهو الف لم يلتفت الى قوله لان بالاول
وهو الاقرار بقبض الثمن خرج من البين وسقط اعتبار قوله في مقدار الثمن **فصل**
فيما يوجد به المشفوع قال واذا حط البايع عن المشتري بعض الثمن يسقط ذلك عن الشفيع
لان حط البعض يلتحق باصل العقد فيظهر في حق الشفيع لان الثمن ما بقي وكذا اذا حط
بعد ما اخذها الشفيع بالثمن يحط عن الشفيع حتى يرجع عليه بذلك القدر بخلاف ما اذا
حط الكل لانه لا يلتحق باصل العقد بحال وقد بيناه في البيوع بتوفيق الله تعالى وان زاد
المشتري للبايع لم تلزم الزيادة الشفيع لان في اعتبار الزيادة ضررا بالشفيع لاستحقاقه
الاخذ بما دونها بخلاف الحط لان فيه منفعة له ونظير الزيادة اذا جدد العقد باكثر من
الثمن الاول لم يلزم الشفيع حتى كان له ان ياخذها بالثمن الاول لما بينا كذا هذا قال
ومن اشترى دارا بعرض اخذها الشفيع بقيمته لانه من ذوات القيم وان اشتراها بمكيل او
موزون اخذها بمثله لانهما من ذوات الامثال وهذا لان الشرع اثبت للشفيع
ولاية التملك على المشتري بمثل ما يملكه فيراعى بالقدر الممكن كما في الاتلاف والعددي المتقارب
وان باع عقارا بعقار اخذ الشفيع كل واحد منهما بقيمة الاخر لانه بدله وهو من ذوات القيم
فياخذه بقيمته قال واذا باع بثمن مؤجل فللشفيع الخيار ان شاء اخذها بثمن حال وان

صبر حتى ينقضي الاجل ثم ياخذها وليس له ان ياخذها في الحال بثمن مؤجل وقال زفر له ذلك
وهو قول الشافعي في القديم لان كونه مؤجلا وصف في الثمن كالزيافة والاخذ بالشفعة
به فياخذه باصله ووصفه كما في الزيوف ولنا ان الاجل انما يثبت بالشرط ولا شرط
فيما بين الشفيع والبايع والمبتاع وليس الرضا به في حق المشتري رضا به في حق الشفيع
لتفاوت الناس في الملاءة وليس الاجل وصفا للثمن لانه حق المشتري ولو كان وصفا
له لتبعه فيكون حقا للبايع كالثمن وصار كما اذا اشترى شيئا بثمن مؤجل ثم ولاه غيره
لا يثبت الاجل الا بالذكر كذا هذا ثم ان اخذها بثمن حال من البايع سقط الثمن عن المشتري
لما بيناه من قبل وان اخذها من المشتري رجع البايع على المشتري بثمن مؤجل كما كان
لان الشرط الذي جرى بينهما لم يبطل باخذ الشفيع فبقي موجبه فصار كما اذا باعه بثمن
حال وقد اشتراه مؤجلا وان اختار الانتظار له ذلك لان له ان لا يلتزم زيادة الضرر
من حيث النقدية وقوله في الكتاب وان شاء صبر حتى ينقضي الاجل مراده الصبر عن الاخذ
اما الطلب عليه في الحال حتى لو سكت عنه بطلت شفعته عند ابي حنيفة ومحمد خلافا
لقول ابي يوسف الآخر لان حق الشفعة انما يثبت بالبيع والاخذ يتراخى عن الطلب وهو
متمكن من الاخذ في الحال بان يؤدي الثمن حالا فيشترط الطلب عند العلم بالبيع قال
واذا اشترى ذمي بخمر او خنزير وشفيعها ذمي اخذها بمثل الخمر وقيمة الخنزير لان هذه
البيعة مقضي بالصحة فيما بينهم وحق الشفعة يعم المسلم والذمي والخمر لهم كالخل
والخنزير كالشاة فياخذ في الاول بالمثل وفي الثاني بالقيمة قال وان كان شفيعها
مسلما اخذها بقيمة الخمر والخنزير اما الخنزير فظاهر وكذا الخمر لامتناع التسليم والتسلم
في حق المسلم فالتحق بغير المثلي وان كان شفيعها مسلما وذميا اخذ المسلم نصفها
بنصف قيمة الخمر والذمي نصفها بنصف مثل الخمر اعتبارا للبعض بالكل ولو اسلم الذمي
اخذها بنصف قيمة الخمر لعجزه عن تمليك الخمر وبالاسلام يتاكد حقه لا ان يبطل فصار
كما اذا اشتراها بكر من رطب فحضر الشفيع بعد انقطاعه ياخذها بقيمة الرطب كذا هذا
فصل واذا بنى المشتري فيها او غرس ثم قضي للشفيع بالشفعة فهو بالخيار ان شاء
اخذها بالثمن وقيمة البناء والغرس وان شاء كلف المشتري قلعه وعن ابي يوسف انه لا يكلف
القلع ويخير بان ياخذ بالثمن وقيمة البناء والغرس وبين ان يترك وبه قال الشافعي
الا ان عنده له ان يقلع ويعطي قيمة البناء لابي يوسف انه محق في البناء لانه بناه على ان الدار
ملكه والتكليف بالقلع من احكام العدوان وصار كالموهوب له والمشتري شراء فاسدا
وكما اذا زرع المشتري فانه لا يكلف القلع وهذا لان في ايجاب الاخذ بالقيمة دفع اعلى
الضررين بتحمل الادنى فيصار اليه وجه ظاهر الرواية انه بنى في محل تعلق به حق متاكد
للغير من غير تسليط من جهة من له الحق فينقض كالراهن اذا بنى في المرهون وهذا لان
حقه اقوى من حق المشتري لانه يتقدم عليه ولهذا ينقض بيعه وهبته وغيره من تصرفاته
فانه بخلاف الهبة وبخلاف الشراء الفاسد عند ابي حنيفة لانه حصل بتسليط من الحق

ولان حق الاسترداد فيهما ضعيف ولهذا لا يبقى بعد البناء وهذا الحق يبقى فلا معنى لا
يجاب القيمة كما في الاستحقاق والزرع يقلع قياسا وانما لا يقلع استحسانا لان له
نهاية معلومة ويبقى بالاجر وليس فيه كثير ضرر وان اخذه بالقيمة يعتبر قيمته مقلوعا
كما بيناه في الغصب قال ولو اخذها الشفيع فبنى فيها او غرس ثم استحقت رجع بالثمن
لانه تبين انه اخذه بغير حق ولا يرجع بقيمة البناء والغرس لا على البايع ان اخذه منه ولا على المشتري
ان اخذها منه وعن ابي يوسف انه يرجع لانه متملك عليه فنزل منزلة البايع والمشتري
والفرق على ما هو المشهور ان المشتري مغرور من جهة البايع ومسلط عليه ولا غرور ولا
تسليط في حق الشفيع من المشتري لانه المجبور عليه قال واذا انهدمت الدار او احترق
بناؤها او جف شجر البستان بغير فعل احد فالشفيع بالخيار ان شاء اخذها بجميع الثمن
لان البناء والغرس تابع حتى دخلا في البيع من غير ذكر فلا يقابلهما شيء من الثمن ما لم يصر مقصودا
ولهذا يبيعها مرابحة بكل الثمن في هذه الصورة بخلاف ما اذا غرق نصف الارض حيث
ياخذ الباقي بحصته لان الفايت بعض الاصل قال وان شاء ترك لان له ان يمتنع عن
تملك الدار بماله قال وان نقض المشتري البناء قيل للشفيع ان شئت فخذ العرصة
بحصتها وان شئت فدع لانه صار مقصودا بالاتلاف فيقابله شيء من الثمن بخلاف
الاول لان الهلاك بآفة سماوية وليس للشفيع ان ياخذ النقض لانه صار مفصولا فلم يبق
تبعا قال ومن ابتاع ارضا وعلى نخلها ثمر اخذها الشفيع بثمرها ومعناها اذا ذكر الثمر
في البيع لانه لا يدخل من غير ذكر وهذا الذي ذكره استحسان وفي القياس لا ياخذه لانه
ليس بتبع الا ترى انه لا يدخل في البيع من غير ذكر فاشبه المتاع في الدار وجه الاستحسان
انه باعتبار الاتصال صار تبعا للعقار كالبناء في الدار وما كان مركبا فيه فياخذه الشفيع
قال وكذلك ان ابتاعها وليس في النخيل ثمر فاثمر في يد المشتري يعني ياخذه الشفيع لانه مبيع
تبعا لان البيع سرى اليه على ما عرف في ولد المبيع قال فان جذه المشتري ثم جاء الشفيع
لا ياخذ الثمر في الفصلين جميعا لانه لم يبق تبعا للعقار وقت الاخذ حيث صار مفصولا
عنه فلا ياخذه قال وفي الكتاب فان جذه المشتري سقط عن الشفيع حصته قال رضي الله عنه
وهذا جواب الفصل الاول لانه دخل في البيع مقصودا فيقابله شيء من الثمن اما في الفصل
الثاني ياخذ ما سوى الثمر بجميع الثمن لان الثمر لم يكن موجودا عند العقد فلا يكون مبيعا
الا تبعا فلا يقابله شيء من الثمن **باب ما يجب فيه الشفعة** وما لا يجب قال الشفعة واجبة
في العقار وان كان مما لا يقسم وقال الشافعي لا شفعة فيما لا يقسم لان الشفعة انما وجبت
دفعا لمؤنة القسمة وهذا لا يتحقق فيما لا يقسم ولنا قوله عليه السلام الشفعة في كل
عقار وربع الى غير ذلك من العمومات ولان الشفعة سببها الاتصال في الملك والحكمة دفع ضرر

سوء الجوار على ما مر ولانه ينتظم القسمين ما يقسم وما لا يقسم وهو الحمام والرحا والبئر والطرق
قال ولا شفعة في العروض والسفن لقوله عليه السلام لا شفعة الا في ربع او حائط
وهو حجة على مالك رحمه الله في ايجابها في السفن ولان الشفعة انما وجبت لدفع ضرر سوء الجوار على الدوام
والملك في المنقول لا يدوم حسب دوامه في العقار فلا يلحق به وفي بعض نسخ المختصر ولا
شفعة في البناء والنخل اذا بيعت دون العرصة وهو صحيح مذكور في الاصل لانه لا قرار له فكان
نقليا وهذا بخلاف العلو حيث يستحق بالشفعة ويستحق به الشفعة في السفل اذا لم يكن
طريق العلو فيه لانه بما له من حق القرار التحق بالعقار قال والمسلم والذمي في الشفعة
سواء للعمومات ولانهما يستويان في السبب وفي الحكمة فيستويان في الاستحقاق ولهذا
يستوي فيه الذكر والانثى والصغير والكبير والباغي والعادل والحر والعبد اذا كان ماذونا
او مكاتبا قال واذا ملك العقار بعوض هو مال وجبت فيه الشفعة لانه امكن مراعاة
شرط الشرع فيه وهو التملك بمثل ما تملك به المشتري صورة او قيمة على ما مر قال
ولا شفعة في الدار يتزوج الرجل عليها او يخالع المراة بها او يستاجر بها دارا او غيرها او يصالح
بها عن دم عمد او يعتق عليها عبدا لان الشفعة عندنا انما تجب في مبادلة المال بالمال لما بينا
وهذه الاعواض ليست باموال فايجاب الشفعة فيها خلاف المشروع وقلب الموضوع وعند الشافعي
تجب فيها الشفعة لان هذه الاعواض متقومة عنده فامكن الاخذ بقيمتها ان تعذر بمثلها
كما في البيع بالعرض بخلاف الهبة لانه لا عوض فيها راسا وقوله يتاتى فيما اذا جعل شقصا من
دار مهرا او ما يضاهيه لانه لا شفعة عنده الا فيه ونحن نقول ان تقوم منافع البضع في النكاح
وغيرها بعقد الاجارة ضروري فلا يظهر في حق الشفعة وكذا الدم والعتق غير متقوم لان
القيمة ما يقوم مقام غيره في المعنى الخاص المطلوب ولا يتحقق فيهما وعلى هذا اذا تزوجها بغير
مهر ثم فرض لها الدار مهرا لانه بمنزلة المفروض في العقد في كونه مقابلا بالبضع بخلاف ما اذا
باعها بمهر المثل او بالمسمى لانه مبادلة مال بمال ولو تزوجها على دار على ان ترد عليه الفا فلا
شفعة في جميع الدار عند ابي حنيفة وقالا تجب في حصة الالف لانه مبادلة مالية في حقه وهو
يقول معنى البيع فيه تابع ولهذا ينعقد بلفظة النكاح ولا يفسد بشرط النكاح فيه ولا شفعة
في الاصل فكذا في التبع ولان الشفعة شرعت في المبادلة المالية المقصودة حتى ان المضارب
اذا باع دارا وفيها ربح لا يستحق رب المال الشفعة في حصة الربح لكونه تابعا فيه قال
او يصالح عليها بانكار فان صالح عليها باقرار وجبت الشفعة قال رحمه الله هكذا ذكر
في اكثر نسخ المختصر والصحيح او يصالح عنها بانكار مكان قوله عليها لانه اذا صالح عنها بانكار
بقي الدار في يده فهو يزعم انها لم تزل عن ملكه وكذا اذا صالح عنها بانكار او بسكوت
لانه يحتمل انه بذل المال افتداء ليمينه وقطعا لشغب خصمه كما اذا انكر صريحا بخلاف ما اذا صالح عنها

باقرار لانه معترف بالملك للمدعي وانما استفاده بالصلح فكان مبادلة مالية اما اذا صالح
عليها باقرار او سكوت او انكار وجبت الشفعة في جميع ذلك لانه اخذها عوضا عن حقه
في زعمه اذا لم يكن من جنسه فيعامل بزعمه قال ولا شفعة في هبة لما ذكرنا الا ان يكون
بعوض مشروط لانه بيع انتهاء ولا بد من القبض وان لا يكون الموهوب ولا عوضه شائعا
لانه هبة ابتداء وقد قررناه في كتاب الهبة بخلاف ما اذا لم يكن العوض مشروطا في العقد
لان كل واحد منهما هبة مطلقة الا انه اثيب منها فامتنع الرجوع قال ومن باع بشرط الخيار
فلا شفعة للشفيع لانه يمنع زوال الملك عن البايع فان اسقط الخيار وجبت الشفعة لانه
زال المانع عن الزوال ويشترط الطلب عند سقوط الخيار في الصحيح لان البيع يصير سببا
لزوال الملك عند ذلك وان اشترى بشرط الخيار وجبت الشفعة لانه لا يمنع زوال
الملك عن البايع بالاتفاق والشفعة تبتني عليه على ما مر واذا اخذها في الثلاث وجب
البيع لعجز المشتري عن الرد ولا خيار للشفيع لانه يثبت بالشرط وهو للمشتري دون الشفيع
وان بيعت دار الى جنبها والخيار لاحدهما فله الاخذ بالشفعة اما البايع فظاهر لبقاء
ملكه في التي يشفع بها وكذا اذا كان للمشتري وفيه اشكال اوضحناه في البيوع فلا نعيده
واذا اخذها كان اجازة منه للبيع بخلاف ما اذا اشتراها ولم يرها حيث لا يبطل خياره
باخذ ما بيع بجنبها بالشفعة لان خيار الرؤية لا يبطل بصريح الابطال فكيف بدلالته
ثم اذا حضر شفيع الدار الاولى له ان ياخذها دون الثانية لانعدام ملكه في الاولى
حين بيعت الثانية قال ومن ابتاع دارا شراء فاسدا فلا شفعة فيها اما قبل
القبض فلعدم زوال ملك البايع وبعد القبض لاحتمال الفسخ وحق الفسخ ثابت بالشرع
لدفع الفساد وفي اثبات حق الشفعة تقرير الفساد فلا يجوز بخلاف ما اذا كان الخيار
للمشتري في البيع الصحيح لانه صار اخص به تصرفا وفي الفاسد ممنوع عنه قال فان
سقط حق الفسخ وجبت الشفعة لزوال المانع وان بيعت دار بجنبها وهي في يد البايع
بعد فله الشفعة لبقاء ملكه وان سلمها الى المشتري فهو شفيعها لان الملك له ثم ان سلم
البايع قبل الحكم بالشفعة له بطلت شفعته كما اذا باع بخلاف ما اذا سلم بعده لان
بقاء ملكه في الدار التي يشفع بها بعد الحكم بالشفعة ليس بشرط فبقيت الماخوذة بالشفعة
على ملكه وان استردها البايع من المشتري قبل الحكم بالشفعة له بطلت لانقطاع ملكه عن
التي يشفع بها قبل الحكم بالشفعة وان استردها بعد الحكم بقيت الثانية على ملكه لما بينا هنا
واذا اقتسم الشركاء العقار فلا شفعة لجارهم بالقسمة لان القسمة فيها معنى الافراز
ولهذا يجري فيها الجبر والشفعة ما شرعت الا في المبادلة المطلقة قال واذا اشترى دارا فسلم الشفيع الشفعة

ثم ردها المشتري بخيار روية او شرط او بعيب بقضا قاض فلا شفعة للشفيع لانه فسخ من
كل وجه فعاد الى قديم ملكه والشفعة في انشا العقد ولا فرق في هذا بين القبض وعدمه
وان ردها بعيب بغير قضا او تقايلا البيع فللشفيع الشفعة لانه فسخ في حقهما لولايتهما
على انفسهما وقد قصدا الفسخ بيع جديد في حق ثالث لوجود حد البيع وهو مبادلة المال بالمال
بالتراضي والشفيع ثالث ومراده الرد بالعيب بعد القبض لان قبله فسخ من الاصل وان كان
بغير قضا على ما عرف وفي الجامع الصغير ولا شفعة في قسمة ولا خيار روية وهو بكسر الرا و
لا شفعة بسبب الرد بخيار الروية لما بينا ولا تقع الرواية محفوظة في كتاب القسمة يثبت
في القسمة خيار الروية وخيار الشرط لانهما يثبتان لخلل في الرضا فيما يتعلق لزومه بالرضا
وهذا المعنى موجود في القسمة **باب ما يبطل به الشفعة** قال واذا ترك الشفيع
الاشهاد حين علم وهو يقدر على ذلك بطلت شفعته لاعراضه عن الطلب وهذا لان
الاعراض انما يتحقق حالة الاختيار وهي عند القدرة وكذلك ان اشهد في المجلس ولم يشهد
على احد المتبايعين ولا عند العقار وقد اوضحناه فيما تقدم قال وان صالح من شفعته
على عوض بطلت الشفعة ورد العوض لان حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل بل هو مجرد
حق التملك فلا يصح الاعتياض عنه ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد اولى
فيبطل الشرط ويصح الاسقاط وكذا لو باع شفعته بمال لما بينا بخلاف القصاص لانه حق
متقرر وبخلاف الطلاق والعتاق لانه اعتياض عن ملك في المحل ونظيره اذا قال للمخيرة اختاريني
بالف او قال العنين لامراته اختاري ترك الفسخ بالف فاختارت سقط الخيار ولا يثبت
العوض والكفالة بالنفس في هذا بمنزلة الشفعة في رواية وفي الاخرى لا تبطل الكفالة
ولا يجب المال وقيل هذه رواية في الشفعة وقيل هي في الكفالة خاصة وقد عرف في موضعه
قال واذا مات الشفيع بطلت شفعته وقال الشافعي يورث عنه قال رحمه الله معناه
اذا مات بعد البيع قبل القضا بالشفعة اما اذا مات بعد قضا القاضي قبل نقد الثمن
وقبضه فالبيع لازم لورثته وهذا نظير الاختلاف في خيار الشرط وقد مر في البيوع ولانه
بالموت يزول ملكه عن داره ويثبت الملك للوارث بعد البيع وقيامه وقت البيع وبقاؤه
للشفيع الى وقت القضا شرط فلا يستوجب الشفعة بدونه وان مات المشتري لم تبطل لان
المستحق باق ولم يتغير سبب حقه ولا يباع في دين المشتري ووصيته ولو باعه القاضي او الوصي
او وصى المشتري فيها بوصية فللشفيع ان يبطله ويأخذ الدار لتقدم حقه ولهذا ينقض تصرفه
في حيوته قال واذا باع الشفيع ما يشفع به قبل ان يقضى له بالشفعة بطلت شفعته
لزوال السبب الاستحقاق قبل التملك وهو الاتصال بملكه ولهذا يزول به وان لم يعلم بشرا

المشفوعة كما اذا سلم صريحا او ابرا عن الدين وهو لا يعلم وهذا بخلاف ما اذا باع الشفيع
داره بشرط الخيار له لانه يمنع الزوال فبقي الاتصال قال ووكيل البايع اذا باع وهو
الشفيع فلا شفعة له ووكيل المشتري اذا ابتاع فله الشفعة والاصل ان من باع او بيع له
فلا شفعة له ومن اشترى او ابتيع فله الشفعة لان الاول باخذ المشفوعة يسعى في
نقض ما تم من جهته وهو البيع والمشتري لا ينقض شراوه بالاخذ بالشفعة لانه مثل
الشرا وكذلك لو ضمن الدرك عن البايع وهو الشفيع فلا شفعة له وكذا اذا باع وشرط
الخيار لغيره فامضى المشروط له الخيار البيع وهو الشفيع فلا شفعة له لان البيع تم بامضائه
بخلاف جانب المشروط له الخيار من جانب المشتري قال واذا بلغ الشفيع انها بيعت بالف
درهم فسلم ثم علم انها بيعت باقل او بحنطة او شعير قيمتها الف او اكثر فتسليمه باطل
وله الشفعة لانه انما سلم لاستكثار الثمن في الاول او لتعذر الجنس الذي بلغه وتيسر
ما بيع به في الثاني اذ الجنس مختلف وكذا كل مكيل او موزون او عددي متقارب بخلاف
ما اذا علم انها بيعت بعرض قيمته الف او اكثر لان الواجب فيه القيمة وهي دراهم او دنانير
وان بان انها بيعت بدنانير قيمتها الف فلا شفعة وكذا اذا كانت اكثر وقال زفر له الشفعة
لاختلاف الجنس ولنا ان الجنس متحد في حق الثمنية قال واذا قيل ان المشتري فلان
فسلم الشفعة ثم علم انه غيره فله الشفعة لتفاوت الجوار ولو علم ان المشتري هو مع غيره
فله ان ياخذ نصيب غيره لان التسليم لم يوجد في حقه ولو بلغه شرا النصف فسلم ثم ظهر
شرا الجميع فله الشفعة لان التسليم لضرر الشركة ولا شركة وفي عكسه لا شفعة في ظاهر الرواية
لان التسليم في الكل تسليم في ابعاضه **فصل** واذا باع دارا الا مقدار ذراع في طول
الحد الذي يلي الشفيع فلا شفعة له لانقطاع الجوار وهذه حيلة وكذا اذا وهب منه هذا
المقدار وسلمه اليه لما بينا قال فان ابتاع منها سهما بثمن ثم ابتاع بقيتها فالشفعة
للجار في السهم الاول دون الثاني لان الشفيع جار فيهما الا ان المشتري في الثاني شريك
فيتقدم عليه فان اراد الحيلة ابتاع السهم بالثمن الا درهما مثلا والباقي بالباقي وان ابتاعها
بثمن ثم دفع اليه ثوبا عوضا عنه فالشفعة بالثمن دون الثوب لانه عقد اخر والثمن هو
العوض عن الدار قال رحمه الله وهذه حيلة اخرى تعم الجوار والشركة فيباع باضعاف
قيمته ويعطى بها ثوب بقدر قيمته الا انه اذا استحقت المشفوعة يبقى كل الثمن على المشتري
الثوب لقيام البيع الثاني فيتضرر به والاوجه ان يباع بالدراهم الثمن دينارا حتى اذا
استحق المشفوع يبطل الصرف ويجب رد الدينار لا غير قال ولا يكره الحيلة في اسقاط
الشفعة عند ابي يوسف ويكره عند محمد لان الشفعة انما وجبت لدفع الضرر ولو ابحنا
الحيلة ما دفعناه ولابي يوسف انه منع عن اثبات الحق فلا يعد ضررا وعلى هذا الخلاف

الحيلة في اسقاط الزكاة **مسائل متفرقة** واذا اشترى خمسة نفر دارا من رجل فللشفيع
ان يأخذ نصيب احدهم وان اشتراها رجل من خمسة اخذها كلها او تركها والفرق ان في
الوجه الثاني بأخذ البعض يتفرق الصفقة ولا فرق في هذا بين ما قبل القبض وبعده
هو الصحيح الا ان قبل القبض لا يمكنه اخذ نصيب احدهم اذا نقد ما عليه ما لم ينقد الآخر
حصته كيلا يؤدي الى تفريق اليد على البائع بمنزلة احد المشتريين بخلاف ما بعد القبض
لانه سقطت يد البائع وسواء سمى لكل بعض ثمنا او كان الثمن جملة لان العبرة في هذا لتفرق
الصفقة لا للثمن وههنا تفريعات ذكرناها في كفاية المنتهى قال ومن اشترى
نصف دار غير مقسوم فقاسمه البائع اخذ الشفيع النصف الذي صار للمشتري
او يدع لان القسمة من تمام القبض لما فيه من تكميل الانتفاع ولهذا يتم القبض بالقسمة
في الهبة والشفيع لا ينقض القبض وان كان له نفع فيه بعود العهدة على البائع فكذا
لا ينقض ما هو من تمامه بخلاف ما اذا باع احد الشريكين نصيبه من الدار المشتركة وقاسم
المشتري الذي لم يبع حيث يكون للشفيع نقضه لان العقد ما وقع مع الذي قاسم فلم يكن
القسمة من تمام القبض الذي هو حكم العقد بل هو تصرف بحكم الملك فينقضه الشفيع
كما ينقض بيعه وهبته ثم اطلاق الجواب في الكتاب يدل على ان الشفيع يأخذ النصف
الذي صار للمشتري في اي جانب كان وهو المروي عن ابي يوسف لان المشتري لا يملك ابطال
حقه بالقسمة وعن ابي حنيفة انه انما يأخذه اذا وقع في جانب الدار التي يشفع بها لانه لا يبقى جارا
في الجانب الآخر قال ومن باع دارا وله عبد مأذون عليه دين فله الشفعة وكذا اذا
كان العبد هو البائع فلمولاه الشفعة لان الاخذ بالشفعة تملك بالثمن فينزل منزلة الشراء
وهذا لانه مفيد لانه يتصرف للغرماء بخلاف ما اذا لم يكن عليه دين لانه يبيعه لمولاه ولا
شفعة لمن بيع له قال وتسليم الاب والوصي الشفعة على الصغير جائز عند ابي حنيفة و
ابي يوسف وقال محمد وزفر هو على شفعته اذا بلغ قالوا وعلى هذا الخلاف اذا بلغهما
شراء دار بجوار دار الصبي فلم يطلبا وعلى هذا الخلاف تسليم الوكيل بطلب الشفعة في
رواية كتاب الوكالة وهو الصحيح لمحمد وزفر انه حق ثابت للصغير فلا يملكان ابطاله
كديته وقوده ولانه شرع لدفع الضرر فكان ابطاله اضرارا به ولهما انه في معنى
التجارة فيملكان تركه الا ترى ان من اوجب بيعا للصبي صح رده من الاب والوصي ولانه
دائر بين النفع والضرر وقد يكون النظر في تركه ليبقى الثمن على ملكه والولاية نظرية
فيملكانه وسكوتهما كابطالهما لكونه دليل الاعراض وهذا اذا بيعت بمثل قيمتها فان
بيعت باكثر من قيمتها بما لا يتغابن الناس فيه قيل جاز التسليم بالاجماع لانه تمحض نظرا
وقيل لا يصح بالاتفاق لانه لا يملك الاخذ فلا يملك التسليم كالاجنبي وان بيعت

باقل

باقل من قيمتها محاباة كثيرة فعن ابي حنيفة انه لا يصح التسليم منهما ولا رواية عن ابي يوسف
كتاب القسمة القسمة في الاعيان المشتركة مشروعة لان النبي عليه السلام باشرها في
المغانم والمواريث وجرى التوارث بها من غير نكير ثم هي لا تعرى عن معنى المبادلة لان ما
يجتمع لاحدهما بعضه كان له وبعضه كان لصاحبه فهو يأخذه عوضا عما بقي من حقه في
نصيب صاحبه فكان مبادلة وافرازا والافراز هو الظاهر في المكيلات والموزونات لعدم
التفاوت حتى كان لاحدهما ان يأخذ نصيبه حال غيبة صاحبه ولو اشتراه فاقتسماه
يبيع احدهما نصيبه مرابحة بنصف الثمن ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض
للتفاوت حتى لا يكون لاحدهما اخذ نصيبه عند غيبة الآخر ولو اشتراه فاقتسماه لا
يبيع احدهما نصيبه مرابحة بعد القسمة الا انها اذا كانت من جنس واحد اجبر القاضي
على القسمة عند طلب احد الشركاء لان فيه معنى الافراز لتقارب المقاصد والمبادلة
مما يجري فيه الجبر كما في قضاء الدين وهذا لان احدهم بطلب القسمة يسأل القاضي ان يخصه
بالانتفاع بنصيبه ويمنع الغير عن الانتفاع بملكه فيجب على القاضي اجابته وان كانت اجناسا
مختلفة لا يجبر القاضي على قسمتها لتعذر المعادلة باعتبار فحش التفاوت في المقاصد
ولو تراضوا عليها جاز لان الحق لهم قال وينبغي للقاضي ان ينصب قاسما يرزقه من بيت المال
ليقسم بين الناس بغير اجر لان القسمة من جنس عمل القضاء من حيث انه يتم به قطع المنازعة
فاشبه رزق القاضي ولان منفعة نصب القاسم تعم العامة فتكون كفايته في مالهم غرما
بالغنم قال فان لم يفعل نصب قاسما يقسم بالاجر معناه بأجر على المتقاسمين لان النفع
لهم على الخصوص ويقدر اجر مثله كيلا يتحكم بالزيادة والافضل ان يرزقه من بيت المال
لانه ارفق بالناس وابعد عن التهمة قال ويجب ان يكون عدلا مأمونا عالما بالقسمة لانه
من جنس عمل القضاء ولانه لا بد من القدرة وهي بالعلم ومن الاعتماد على قوله وهو بالامانة و
لا يجبر القاضي الناس على قاسم واحد معناه لا يجبرهم على ان يستأجروه لانه لا جبر على العقود
ولانه لو تعين لتحكم بالزيادة على اجر مثله ولو اصطلحوا فاقتسموا جاز الا اذا كان فيهم
صغير فيحتاج الى امر القاضي لانه لا ولاية لهم عليه قال ولا يترك القسام يشتركون
كيلا يصير الاجر غاليا بتواكلهم وعند عدم الشركة يتبادر كل منهم اليه خيفة الفوت
فيرخص الاجر قال واجرة القسمة على عدد الرؤوس عند ابي حنيفة وقالا على قدر الانصباء
لانه مؤنة الملك فيتقدر بقدره كاجرة الكيال والوزان وحفر البئر المشترك ونفقة
المملوك المشترك ولابي حنيفة ان الاجر مقابل بالتمييز وانه لا يتفاوت وربما يصعب الحساب
بالنظر الى القليل وقد ينعكس الامر فيتعذر اعتباره فيتعلق الحكم باصل التمييز بخلاف
حفر البئر لان الاجر مقابل بنقل التراب وهو يتفاوت والكيل والوزن ان كان للقسمة

قيل هو على الخلاف وان لم يكن للقسمة فالاجر مقابل بعمل الكيل والوزن وهو يتفاوت وهو العذر لو اطلق ولا يفصل وعنه انه على الطالب دون الممتنع لنفعه ومضرة الممتنع قال واذا حضر الشركاء عند القاضي وفي ايديهم دار وضيعة وادعوا انهم ورثوها عن فلان لم يقسمها القاضي عند ابي حنيفة حتى يقيموا البينة على موته وعدد ورثته وقالا يقسمها باعترافهم ويذكر في كتاب القسمة انه قسمها بقولهم وان كان المال المشترك ما سوى العقار وادعوا انه ميراث قسمه في قولهم جميعا ولو ادعوا في العقار انهم اشتروه قسمه بينهم لهما ان اليد دليل الملك والاقرار امارة الصدق ولا منازع لهم فيقسمه بينهم كما في المنقول الموروث والعقار المشترى وهذا لانه لا منكر ولا بينة الا على المنكر فلا يفيد الا انه يذكر في كتاب القسمة انه قسمها باقرارهم ليقتصر عليهم ولا يتعداهم وله ان القسمة قضاء على الميت اذ التركة مبقاة على ملكه قبل القسمة حتى لو حدثت الزيادة ينفذ وصاياه فيها وتقضى ديونه منها بخلاف ما بعد القسمة واذا كان قضاء على الميت فالاقرار ليس بحجة عليه فلا بد من البينة وهي مفيدة لان بعض الورثة ينتصب خصما عن المورث ولا يمتنع ذلك باقراره كما في الوارث او الوصي المقر بالدين فانه تقبل البينة عليه مع اقراره بخلاف المنقول لان في القسمة نظرا للحاجة الى الحفظ اما العقار محصن بنفسه ولان المنقول مضمون على من وقع في يده ولا كذلك العقار عنده وبخلاف المشترى لان المبيع لا يبقى على ملك البائع وان لم يقسم فلم تكن القسمة قضاء على الغير قال وان ادعوا الملك ولم يذكروا كيف انتقل قسمه بينهم لانه ليس في القسمة قضاء على الغير فانهم ما اقروا بالملك لغيرهم قال رحمه الله رواية كتاب القسمة وفي الجامع الصغير ارض ادعاها رجلان واقاما البينة انه في ايديهما وارادا القسمة لم يقسمها حتى يقيما البينة انها لهما لاحتمال ان يكون لغيرهما ثم قيل هو قول ابي حنيفة خاصة وقيل قول الكل وهو الاصح لان قسمة الحفظ في العقار غير محتاج اليه وقسمة الملك تفتقر الى قيامه ولا ملك فامتنع الجواز قال واذا حضر وارثان واقاما البينة على الوفاة وعدد الورثة والدار في ايديهم ومعهم وارث غائب قسمه القاضي بطلب الحاضرين وينصب وكيلا يقبض نصيب الغائب وكذا لو كان مكان الغائب صبي يقسم وينصب وصيا يقبض نصيبه لان فيه نظرا للغائب والصغير ولا بد من اقامة البينة في هذه الصورة عنده ايضا خلافا لهما كما ذكرنا من قبل ولو كانوا مشترين لم يقسم مع غيبة احدهم والفرق ان ملك الوارث ملك خلافة حتى يرد بالعيب ويرد عليه بالعيب فيما اشتراه المورث ويصير مغرورا بشراء المورث فانتصب احدهما خصما عن الميت فيما في يده والآخر عن نفسه فصارت القسمة قضاء بحضرة المتخاصمين اما الملك

او اذا كان احد الوارث غايبا قسمه القاضي بطلب الحاضر

الثابت

الثابت بالشراء ملك مبتدأ ولهذا لا يرد بالعيب على بائع بائعه فلا يصلح الحاضر خصما عن الغائب فوضح الفرق وان كان العقار في يد الوارث الغائب او شيء منه لم يقسم وكذا اذا كان في يد مودعه وكذا اذا كان في يد الصغير لان القسمة قضاء على الغائب والصغير باستحقاق يدهما من غير خصم حاضر عنهما وامين الخصم ليس بخصم عنه فيما يستحق عليه والقضاء من غير خصم لا يجوز ولا فرق في هذا الفصل بين اقامة البينة وعدمها هو الصحيح كما اطلق في الكتاب قال وان حضر وارث واحد لم يقسم وان اقام البينة لانه لا بد من حضور خصمين لان الواحد لا يصلح مخاصما ومخاصما وكذا مقاسما ومقاسما بخلاف ما اذا كان الحاضر اثنين على ما بيناه ولو كان الحاضر كبيرا وصغيرا نصب القاضي عن الصغير وصيا وقسم اذا اقيمت البينة وكذا اذا حضر وارث كبير وموصى له بالثلث فيها وطلبا القسمة واقاما البينة على الميراث والوصية لاجتماع الخصمين الكبير عن الميت والموصى له عن نفسه وكذا الوصي عن الصبي كانه حضر بنفسه بعد البلوغ لقيامه مقامه

فصل فيما يقسم وما لا يقسم

قال واذا كان كل واحد من الشركاء ينتفع بنصيبه قسم بطلب احدهم لان القسمة حق لازم فيما يحتملها عند طلب احدهم على ما بيناه من قبل وان كان ينتفع احدهم والآخر يستضر به لقلة نصيبه فان طلب صاحب الكثير قسم وان طلب صاحب القليل لم يقسم لان الاول منتفع به فاعتبر طلبه والثاني متعنت في طلبه فلم يعتبر وذكر الخصاف على قلب هذا لان صاحب الكثير يريد الاضرار بغيره والآخر يرضى بضرر نفسه وذكر الحاكم في مختصره ان ايهما طلب القسمة يقسم القاضي والوجه اندرج فيما ذكرناه والاصح المذكور في الكتاب وهو الاول وان كان كل واحد يستضر لصغره لم يقسمها الا بتراضيهما لان الجبر على القسمة لتكميل المنفعة وفي هذا تفويتها ويجوز بتراضيهما لان الحق لهما وهما اعرف بشأنهما اما القاضي فيعتمد الظاهر قال ويقسم العروض اذا كانت من صنف واحد لان عند اتحاد الجنس يتحد المقصود فيحصل التعديل في القسمة والتكميل في المنفعة ولا يقسم الجنسين بعضها في بعض لانه لا اختلاط بين الجنسين فلا يقع القسمة تمييزا فلا يقع القسمة بل يقع معاوضة وسبيلها التراضي دون جبر القاضي ويقسم القاضي كل موزون ومكيل كثيرا او قليلا والمعدود المتقارب وتبر الذهب والفضة والتبر والحديد والنحاس والابل بانفرادها والبقر والغنم ولا يقسم شاة وبعيرا وبرذونا وحمارا ولا يقسم الاواني لانها باختلاف الصنعة التحقت بالاجناس المختلفة ويقسم الثياب الهروية لاتحاد الصنف ولا يقسم ثوبا واحدا لاشتمال القسمة على الضرر اذ هي لا تتحقق الا بالقطع ولا ثوبين اذا اختلفت قيمتهما لما بينا بخلاف ثلاثة اثواب اذا

حمل ثوب بثوبين او ثوب وربع ثوب بثوب وثلاثة ارباع ثوب لان قيمة البعض
دونا لبعض وذلك يجاز قال ابو حنيفة لا يقسم الرقيق والجواهر لتفاوتهما وقالا
يقسم الرقيق لاتحاد الجنس كما في الابل والغنم ورقيق المغنم وله ان التفاوت في
الادمي فاحش لتفاوت المعاني الباطنة فصار كالجنس المختلف بخلاف الحيوانات
لان التفاوت فيها يقل عند اتحاد الجنس الا ترى ان الذكر والانثى من بني آدم جنسان
ومن الحيوانات جنس واحد بخلاف المغانم لان حق الغانمين في المالية حتى كان للامام
بيعها وقسمة ثمنها وههنا يتعلق بالعين والمالية فافترقا واما الجواهر فقد قيل اذا
اختلف الجنس لا يقسم كاللالي واليواقيت وقيل لا يقسم الكبار لكثرة التفاوت ويقسم
الصغار لقلة التفاوت وقيل يجري الجواب على اطلاقه لان جهالة الجواهر افحش من جهالة
الرقيق الا ترى لو تزوج على لؤلؤة او ياقوتة او خالع عليها لا تصح التسمية ويصح
ذلك على عبد فاولى ان لا يجبر على القسمة قال ولا يقسم حمام ولا بير ولا رحا الا بتراضي
الشركا وكذا الحايط بين الدارين لانه يشتمل على الضرر في الطرفين اذ لا يبقى كل نصيب
منتفعا انتفاعا مقصودا فلا يقسم القاضي بخلاف التراضي كما بيناه قال وان كان
دور مشتركة في مصر واحد قسم كل دار على حدتها في قول ابي حنيفة وقالا ان كان الاصلح
لهم قسمة بعضها في بعض قسمها وعلى هذا الخلاف الاقرحة المتفرقة المشتركة لهما
انها جنس واحد اسما وصورة ونظرا الى اصل السكنى اجناس معنى نظرا الى اختلاف المقاصد
ووجوه السكنى فيفوض الترجيح الى القاضي وله ان الاعتبار للمعنى وهو المقصود ويختلف
ويختلف ذلك باختلاف البلدان والمحال والجيران والقرب الى المسجد والماء اختلافا
فاحشا فلا يمكن التعديل في القسمة ولهذا لا يجوز التوكيل بشراء دار وكذا لو تزوج
على دار لا يصح التسمية كما هو الحكم فيهما في الثوب بخلاف الدار الواحدة اذا اختلفت
بيوتها لان في قسمة كل بيت على حدة ضررا فقسمت الدار قسمة واحدة قال رحمه الله
تقييد الوضع في الكتاب اشارة الى ان الدارين اذا كانتا في مصرين لا يجمعان في القسمة
عندهما وهو رواية هلال عنهما وعن محمد انه يقسم احدهما في الاخرى والبيوت في محلة
او محال يقسم قسمة واحدة لان التفاوت فيما بينهما يسير والمنازل المتلاصقة كالبيوت
والمتباينة كالدور لانه بين الدار والبيت على ما مر من قبل فاخذ شبها من كل واحد
وان كانت دارا وضيعة او دارا وحانوتا قسم كل واحدة منهما على حدة لاختلاف الجنس
رحمه الله جعل الدار والحانوت جنسين وكذا ذكر الخصاف وقال في اجارات الاصل
اجارة منافع الدار بالحانوت لا يجوز وهذا يدل على انهما جنس واحد فيجعل في المسئلة
روايتان او يمنع منه الربوا هنا للشبهة المجانسة **فصل في كيفية القسمة** قال

للقاسم ان يصور ما يقسمه ليمكنه حفظه ويعدله يعني يسويه على سهام القسمة ويروى
بعزله اي يقطعه بالقسمة من غيره ويذرعه ليعرف قدره ويقوم البنا لحاجته اليه في الآخر ويفرز
كل نصيب عن الباقي بطريقه وشربه حتى لا يكون لنصيب بعضهم بنصيب البعض تعلق فينقطع
التنازع ويتحقق معنى القسمة على التمام ثم يلقب نصيبا بالاول والذي يليه بالثاني
والثالث على هذا ثم يخرج القرعة فمن خرج اسمه اولا فله السهم الاول ومن خرج ثانيا
فله السهم الثاني والاصل ان ينظر في ذلك الى اقل الانصبا حتى اذا كان الاقل ثلثا
جعلها اثلاثا وان كان سدسا جعلها اسداسا ليمكن القسمة وقد شرحناه مشبعا
في كفاية المنتهي بتوفيق الله وقوله في الكتاب ويفرز كل نصيب بطريقه وشربه بيان
الافضل فان لم يفعل او لم يمكن جاز على ما نذكره بتفصيله ان شا الله والقرعة لتطييب
القلوب وازاحة تهمة الميل حتى لو عين لكل منهم نصيبا من غير اقراع جاز لانه في معنى
القضا فيملك الالزام قال ولا يدخل في القسمة الدراهم الا بتراضيهم لانه لا
شركة في الدراهم والقسمة من حقوق الاشتراك ولانه يفوت به التعديل في القسمة لان احدهما
يصل الى عين العقار ودراهم الآخر في ذمته ولعلها لا تسلم له واذا كان ارضا وبنا
فعن ابي يوسف انه يقسم كل ذلك على اعتبار القيمة لانه لا يمكنه اعتبار المعادلة الا بالتقويم
وعن ابي حنيفة انه يقسم الارض بالمساحة لانه هو الاصل في الممسوحات ثم يرد من وقع
البنا في نصيبه او من كان نصيبه اجود دراهم على الآخر حتى يساويه فتدخل الدراهم
في القسمة ضرورة كالاخ لا ولاية له في المال ثم يملك تسمية الصداق ضرورة التزويج
وعن محمد انه يرد على شريكه بمقابلة البنا ما يساويه من العرصة واذا بقي فضل ولا
يمكن تحقيق التسوية بان لا تفي العرصة بقيمة البنا فحينئذ يرد الفضل دراهم لان
الضرورة في هذا القدر فلا يترك الاصل الا بها وهذا يوافق رواية الاصل قال
فان قسم بينهم ولاحدهم مسيل في ملك الآخر او طريق لم يشترط في القسمة فان امكن
صرف الطريق والمسيل عنه ليس له ان يستطرق ويسيل في نصيب الآخر لانه امكن تحقيق
معنى القسمة من غير ضرر وان لم يمكن فسخت القسمة لان القسمة مختلة لبقا الاختلاط
فيستأنف بخلاف البيع حيث لا يفسد في هذه الصورة لان المقصود منه تملك العين
وانه يجامع تعذر الانتفاع في الحال اما القسمة لتكميل المنفعة ولا يتم ذلك الا بالطريق
ولو ذكر الحقوق في الوجه الاول كذلك الجواب لان معنى القسمة الافراز والتمييز وتمام
ذلك بان لا يبقى لكل واحد تعلق بنصيب الآخر وقد امكن تحقيقه بصرف الطريق والمسيل
الى غيره من غير ضرر فيصار اليه بخلاف البيع اذا ذكر فيه الحقوق حيث يدخل فيه ما كان له
من الطريق والمسيل لانه امكن تحقيق معنى البيع وهو التمليك مع بقا هذا التعلق بملك غيره

المقام

وفي الوجه الثاني يدخل فيها لان القسمة لتكميل المنفعة وذلك بالطريق والمسيل فيدخل
عند التنصيص باعتباره وفيها معنى الافراز وذلك بانقطاع التعلق على ما ذكرنا فبا
عتباره لا يدخل من غير تنصيص بخلاف الاجارة حيث يدخل فيها بدون التنصيص لان كل المقصود
الانتفاع وذلك لا يحصل الا بادخال الشرب والطريق فيدخل من غير ذكر ولو اختلفوا في
رفع الطريق بينهم في القسمة ان كان يستقيم لكل واحد طريق يفتحه في نصيبه قسم الحاكم
من غير طريق يرفع لجماعتهم لتحقق الافراز بالكلية دونه وان كان لا يستقيم ذلك رفع طريقا بين
جماعتهم لتحقق تكميل المنفعة فيما وراء الطريق ولو اختلفوا في مقداره جعل على عرض باب
الدار وطوله لان الحاجة تندفع به والطريق على سهامهم كما كان قبل القسمة لان القسمة
فيما وراء الطريق لا فيه ولو شرطوا ان الطريق بينهما اثلاثا جاز وان كان اصل الدار نصفين
لان القسمة على التفاضل جائزة بالتراضي قال واذا كان سفل لا علو له وعلو لا
سفل له وسفل له علو قوم كل واحد على حدته وقسم بالقيمة ولا معتبر بغير ذلك رحمه الله
هذا عند محمد وقال ابو حنيفة وابو يوسف يقسم بالذرع لمحمد ان السفل يصلح لما لا يصلح له
العلو من اتخاذه بئر ماء او سردابا او اصطبلا او غير ذلك فلا يتحقق التعديل الا بالقيمة
وهما يقولان ان القسمة بالذرع هي الاصل لان الشركة في المذروع لا في القيمة فيصار اليه
ما امكن والمراعى التسوية في السكنى لا في المرافق ثم اختلفا فيما بينهما في كيفية القسمة
بالذرع قال ابو حنيفة ذراع من سفل بذراعين من علو وقال ابو يوسف ذراع بذراع
قيل اجاب كل منهم على عادة اهل عصره او اهل بلده في تفضيل السفل على العلو واستوائهما
وتفضيل السفل مرة والعلو اخرى وقيل هو اختلاف معنى ووجه قول ابي حنيفة ان منفعة
السفل تربو على منفعة العلو بضعفه لانها تبقى بعد فوات العلو ومنفعة العلو لا تبقى
بعد فناء السفل وكذا السفل فيه منفعة البناء والسكنى وفي العلو السكنى لا غير اذ لا
يمكنه البناء على علوه الا برضا صاحب السفل فيعتبر ذراعان منه بذراع من السفل ولابي
يوسف ان المقصود اصل السكنى وهما يتساويان فيه متماثلتان لان لكل واحد منهما ان
يفعل ما لا يضر بالاخر على اصله ولمحمد ان المنفعة تختلف باختلاف الحر والبرد بالاضافة
اليهما فلا يمكن التعديل الا بالقيمة والفتوى اليوم على قول محمد وقوله لا يفتقر الى
التعبير وتفسير قول ابي حنيفة في مسئلة الكتاب ان يجعل بمقابلة مائة ذراع من العلو
المجرد ثلثة وثلثون ذراع من البيت الكامل لان العلو مثل نصف السفل وثلثة
وثلثون وثلث من السفل ستة وستون وثلثان ومعه ثلثة وثلثون وثلث ذراع
من العلو فبلغت مائة ذراع تساوي مائة من العلو المجرد ويجعل بمقابلة مائة ذراع
من السفل المجرد من البيت الكامل ستة وستون وثلثان لانه ضعف العلو فيجعل

بمقابلة

سفله وتفسير قول ابي يوسف ان يجعل بازاء خمسين ذراعا من البيت الكامل مائة ذراع من السفل
المجرد ومائة ذراع من العلو المجرد لان العلو والسفل عنده سواء فخمسون ذراعا من البيت
الكامل بمنزلة مائة ذراع خمسون منها سفل وخمسون منها علو قال واذا اختلف المتقا
سمون وشهد القاسمان قبلت شهادتهما قال رحمه الله الذي ذكره قول ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد لا تقبل وهو قول ابي يوسف اولا وبه قال الشافعي وذكر الخصاف قول محمد مع قولهما
وقاسما القاضي وغيرهما سواء لمحمد انهما شهدا على فعل انفسهما فلا يقبل كمن علق عتق عبده
بفعل غيره فشهد ذلك الغير على فعله ولهما انهما شهدا على فعل غيرهما وهو الاستيفاء
والقبض لا على فعل انفسهما لان فعلهما التمييز ولا حاجة الى الشهادة عليه او لانه لا يصلح
مشهودا به لما انه غير لازم وانما يلزمه بالقبض والاستيفاء وهو فعل فتقبل الشهادة
عليه وقال الطحاوي اذا اقتسما باجر لا تقبل الشهادة بالاجماع واليه مال بعض المشايخ لانهما
يدعيان ايفاء عمل استوجر عليه فكانت شهادة صورة دعوى معنى فلا تقبل الا انا نقول
هما لا يجران بهذه الشهادة الى انفسهما مغنما لاتفاق الخصوم على ايفائهما العمل المستاجر
عليه وهو التمييز وانما الاختلاف في الاستيفاء فانتفت التهمة ولو شهد قاسم واحد لا
تقبل لان شهادة الفرد غير مقبولة على الغير ولو امر القاضي امينه بدفع المال الى اخر يقبل
قول الامين في دفع الضمان عن نفسه ولا يقبل في الزام الاخر اذا كان منكرا والله اعلم

باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق

قال واذا ادعى احدهما الغلط وزعم ان
مما اصابه شيئا في يد صاحبه وقد اشهد على نفسه بالاستيفاء لم يصدق على ذلك الا
ببينة لانه يدعي فسخ القسمة بعد وقوعها فلا يصدق الا بحجة فان لم تقم له بينة استحلف
الشركاء فمن نكل منهم جمع بين نصيب الناكل والمدعي فيقسم بينهما على قدر انصبائهما لان
النكول حجة في حقه خاصة فيعاملان على زعمهما قال رحمه الله ينبغي ان لا تقبل
دعواه اصلا لتناقضه واليه اشار من بعد وان قال قد استوفيت حقي واخذت بعضه
فالقول قول خصمه مع يمينه لانه يدعي عليه الغصب وهو منكر وان قال اصابني الى موضع
كذا فلم تسلمه الي ولم يشهد على نفسه بالاستيفاء وكذبه شريكه تحالفا وفسخت القسمة
لان الاختلاف في مقدار ما حصل له بالقسمة فصار نظير الاختلاف في مقدار المبيع
على ما ذكرنا من احكام التحالف فيما تقدم ولو اختلفا في التقويم لم يلتفت اليه لانه
دعوى الغبن ولا معتبر به في البيع فكذا في القسمة لوجود التراضي الا اذا كانت القسمة
بقضاء القاضي والغبن فاحش لان تصرفه مقيد بالعدل ولو اقتسما دارا واصاب كل
واحد طائفة فادعى احدهما بيتا في يد الاخر انه مما اصابه بالقسمة وانكر الاخر فعليه
اقامة البينة لما قلنا وان اقاما البينة يؤخذ ببينة المدعي لانه خارج وبينة الخارج ترجح
على بينة ذي اليد وان كان قبل الاشهاد على القبض تحالفا وترادا وكذا اذا اختلفا

في الحدود فاما البينة يقضى لكل واحد بالجزء الذي في يد صاحبه لما بينا وان قامت
لاحدهما بينة قضي له وان لم يقم لواحد منهما بينة تحالفا كما في البيع **فصل** واذا استحق
بعض نصيب احدهما بعينه لم تفسخ القسمة عند ابي حنيفة ورجع بحصة ذلك في نصيب
صاحبه وقال ابو يوسف تفسخ القسمة قال رحمه الله ذكر الاختلاف في استحقاق بعض
بعينه وهكذا ذكر في الاسرار والصحيح ان الاختلاف في استحقاق بعض من نصيب احدهما
فاما في استحقاق بعض معين لا تفسخ القسمة بالاجماع ولو استحق بعض شايع في الكل
تفسخ بالاتفاق فهذه ثلاثة اوجه ولم يذكر قول محمد وذكر ابو سليمان مع ابي يوسف
وابو حفص مع ابي حنيفة وهو الاصح لابي يوسف ان باستحقاق بعض شايع ظهر شريك
ثالث لهما والقسمة بدون رضاه باطلة كما اذا استحق بعض شايع في النصيبين وهذا
لان باستحقاق جزء شايع ينعدم معنى القسمة وهو الافراز لانه يوجب الرجوع بحصته
في نصيب الاخر شايعا بخلاف المعين ولهما ان معنى الافراز لا ينعدم باستحقاق
جزء شايع في نصيب احدهما ولهذا جازت القسمة على هذا الوجه في الابتداء بان كان
النصف المقدم مشتركا بينهما وبين ثالث والنصف المؤخر بينهما لا شركة لغيرهما فيه فاقتسما
على ان لاحدهما ما لهما من المقدم وربع المؤخر يجوز فكذا في الانتهاء وصار كاستحقاق
شيء معين بخلاف الشايع في النصيبين لانه لو بقيت القسمة لتضرر الثالث بتفرق
نصيبه في النصيبين اما ههنا لا ضرر بالمستحق فافترقا وصورة المسئلة اذا اخذ
احدهما الثلث المقدم من الدار والاخر الثلثين من المؤخر وقيمتهما سواء ثم استحق
نصف المقدم فعندهما ان شاء نقض القسمة دفعا لعيب التشقيص وان شاء رجع بنصف
النصف وهو الربع اعتبارا للجزء بالكل ولو باع صاحب المقدم نصفه ثم استحق
النصف الباقي رجع بربع ما في يد الاخر عندهما لما ذكرنا وسقط خياره ببيع البعض
وعند ابي يوسف ما في يد صاحبه بينهما نصفان ويضمن قيمة نصف ما باع لصاحبه
لان القسمة تنقلب فاسدة عنده والمقبوض بالعقد الفاسد مملوك فنفذ البيع فيه وهو
مضمون بالقيمة فيضمن نصف نصيب صاحبه قال ولو وقعت القسمة ثم ظهر في
التركة دين محيط ردت القسمة لانه يمنع وقوع الملك للوارث وكذا اذا كان غير محيط
لتعلق حق الغرماء بالتركة الا اذا بقي من التركة ما يفي بالدين وراء ما قسم لانه لا حاجة الى
نقض القسمة في ايفاء حقهم ولو ابراه الغرماء بعد القسمة او اداه الورثة من مالهم والدين
محيط او غير محيط جازت القسمة لان المانع قد زال ولو ادعى احد المتقاسمين دينا في التركة
صح دعواه لانه لا تناقض اذ الدين يتعلق بالمعنى والقسمة تصادف الصورة ولو ادعى
عينا باي سبب كان لم يسمع للتناقض اذ الاقدام على القسمة اعتراف بكون المقسوم
مشتركا **فصل في المهاياة** المهاياة جائزة استحسانا للحاجة اليه اذ يتعذر الاجتماع

على الانتفاع فاشبه القسمة ولهذا يجري فيه جبر القاضي كما يجري في القسمة الا ان القسمة اقوى
منه في استكمال المنفعة لانه جمع المنافع في زمان واحد والتهايؤ جمع على التعاقب ولهذا لو
طلب احد الشريكين القسمة والاخر المهاياة يقسم القاضي لانه ابلغ في التكميل ولو وقعت
فيما يحتمل القسمة ثم طلب احدهما القسمة يقسم وتبطل المهاياة لانه ابلغ ولا يبطل التهايؤ
بموت احدهما ولا بموتهما لانه لو انتقض لاستانفه الحاكم ولا فائدة في النقض ثم الا
ستيناف ولو تهايا في دار واحدة على ان يسكن هذا طائفة وهذا طائفة او هذا
علوها وهذا سفلها جاز لان القسمة على هذا الوجه جائزة فكذا المهاياة والتهايؤ
في هذا الوجه افراز لجميع الانصباء لا مبادلة ولهذا لا يشترط فيه التاقيت ولكل واحد
ان يستغل ما اصابه بالمهاياة شرط ذلك في العقد او لم يشترط لحدوث المنافع على
ملكه ولو تهايا في عبد واحد على ان يخدم هذا يوما وهذا يوما جاز وكذا هذا في البيت
الصغير لان المهاياة قد تكون في الزمان وقد تكون من حيث المكان والاول متعين
ههنا ولو اختلفا في التهايؤ من حيث الزمان والمكان في محل يحتملهما يامرهما القاضي
بان يتفقا لان التهايؤ في المكان اعدل وفي الزمان اكمل فلما اختلفت الجهة لا بد
من الاتفاق فان اختاراه من حيث الزمان يقرع في البداية نفيا للتهمة ولو تهايا
في عبدين على ان يخدم هذا هذا العبد والاخر الاخر جاز عندهما لان القسمة على
هذا الوجه جائزة جبرا من القاضي وبالتراضي فكذا المهاياة وقيل عند ابي حنيفة لا يقسم
القاضي وهكذا روي عنه لانه لا يجري فيه الجبر عنده والاصح انه يقسم القاضي عنده ايضا
لان المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت بخلاف اعيان الرقيق لانها تتفاوت تفاوتا
فاحشا على ما تقدم ولو تهايا فيهما على ان نفقة كل عبد على من ياخذه جاز استحسانا
للمسامحة في اطعام المماليك بخلاف شرط الكسوة لانه لا يسامح فيها ولو تهايا في
دارين على ان يسكن كل واحد منهما دارا جاز ويجبر القاضي عليه عندهما ظاهر لان الدارين
عندهما كدار واحدة وقد قيل لا يجبر عنده اعتبارا بالقسمة وعن ابي حنيفة انه لا يجوز التهايؤ
اصلا بالجبر لما قلنا وبالتراضي لانه بيع السكنى بالسكنى بخلاف قسمة رقبتهما لان بيع
بعضها ببعض الاخر جائز ووجه الظاهر ان التفاوت يقل في المنافع فيجوز
بالتراضي ويجري فيه جبر القاضي ويعتبر افرازا اما يكثر التفاوت في اعيانهما فاعتبر
مبادلة وفي الدابتين لا يجوز المهاياة على الركوب عند ابي حنيفة وعندهما يجوز
اعتبارا بقسمة الاعيان وله ان الاستعمال يتفاوت بتفاوت الراكبين فانهم
بين حاذق واخرق والتهايؤ في الركوب في دابة واحدة على هذا الخلاف لما قلنا
بخلاف العبد لانه يخدم باختياره فلا يحمل زيادة على طاقته والدابة تحملها

التهايؤ في الاستغلال يجوز في الدار الواحدة في ظاهر الرواية وفي العبد الواحد والدابة
الواحدة لا يجوز ووجه الفرق ان النصيبين يتعاقبان في الاستيفاء والاعتدال ثابت في
الحال والظاهر بقاؤه في العقار وتغيره في الحيوان لتوالي اسباب التغير عليه فتفوت المعادلة
ولو زادت الغلة في نوبة احدهما على غلتها في نوبة الاخر يشتركان في الزيادة ليتحقق التعديل
بخلاف ما اذا كان التهايؤ على المنافع فاستغل احدهما في نوبته زيادة لان التعديل فيما وقع
عليه التهايؤ حاصل وهو المنافع فلا يضره زيادة الاستغلال من بعد والتهايؤ على الاستغلال
جائز ايضا في ظاهر الرواية لما بينا ولو فضل غلة احدهما لا يشتركان فيه بخلاف الدار الواحدة
والفرق ان في الدارين معنى التمييز والافراز راجح لاتحاد زمان الاستيفاء وفي الواحدة يتعاقب
الوصول فاعتبر قرضا وجعل كل واحد في نوبته كالوكيل عن صاحبه ولهذا يرد عليه حصته
من الفضل وكذا يجوز في العبدين الاستغلال عندهما اعتبارا بالتهايؤ في المنافع ولا يجوز
عنده لان التفاوت بين اعيان الرقيق اكثر منه من حيث الزمان في العبد الواحد فاولى
ان يمتنع الجواز والتهايؤ في الخدمة جوز ضرورة ولا ضرورة في الغلة لامكان قسمتها
لكونها عينا ولان الظاهر هو التسامح في الخدمة والاستقصاء في الاستغلال فلا يتقا
سان ولا يجوز في الدابتين عنده خلافا لهما والوجه ما بيناه في الركوب ولو كان نخل
او شجر او غنم بين اثنين فتهايا على ان يأخذ كل واحد منهما طائفة يستثمرها او يرعاها او
يشرب البانها لا يجوز لان المهايأة في المنافع ضرورة انها لا تبقى فيتعذر قسمتها وهذه
اعيان باقية ترد عليها القسمة عند حصولها والحيلة ان يبيع حصته من الاخر ثم يشتري كلها
بعد مضي نوبته او ينتفع باللبن بمقدار معلوم استقراضا لنصيب صاحبه اذ قرض
المشاع جائز

كتاب المزارعة

قال ابو حنيفة المزارعة بالثلث والربع باطلة
اعلم ان المزارعة لغة مفاعلة من الزرع وفي الشريعة عقد على الزرع ببعض الخارج
وهي فاسدة عند ابي حنيفة وقالا جائزة لما روي ان النبي عليه السلام عامل اهل خيبر
على نصف ما يخرج من ثمر او زرع ولانه عقد شركة بين المال والعمل فيجوز اعتبارا بالمضاربة
والجامع دفع الحاجة فان ذا المال قد لا يهتدي الى العمل والقوي عليه لا يجد المال
فمست الحاجة الى انعقاد هذا العقد بينهما بخلاف دفع الغنم والدجاج ودود القز معاملة
بنصف الزوائد لانه لا اثر هناك للعمل في تحصيلها فلم تتحقق شركة وله ما
روي انه عليه السلام نهى عن المخابرة وهي المزارعة ولانه استئجار ببعض ما يخرج من
عمله فيكون في معنى قفيز الطحان ولان الاجر مجهول او معدوم وكل ذلك مفسد
ومعاملة النبي عليه السلام اهل خيبر كان خراج مقاسمة بطريق المن والصلح وهو جائز
واذا فسدت عنده فان سقى الارض وكربها ولم يخرج شيء فله اجر مثله لانه في معنى اجارة فاسدة

وهنا

وهذا اذا كان البذر من قبل صاحب الارض وان كان البذر من قبله فعليه اجر مثل
الارض والخارج في الوجهين لصاحب البذر لانه نماء ملكه وللاخر الاجر كما فصلنا الا ان
الفتوى على قولهما لحاجة الناس اليها ولظهور تعامل الامة بها والقياس يترك بالتعامل
كما في الاستصناع ثم المزارعة لصحتها على قول من يجيزها شروط احدها كون
الارض صالحة للزراعة لان المقصود لا يحصل بدونه والثاني ان يكون رب الارض
والمزارع من اهل العقد وهو لا يختص به لان عقدا ما لا يصح الا من الاهل والثالث
بيان المدة لانه عقد على منافع الارض او منافع العامل والمدة هي المعيار لها ليعلم بها
والرابع بيان من عليه البذر قطعا للمنازعة واعلاما للمعقود عليه وهو منافع الارض
او منافع العامل والخامس بيان نصيب من لا بذر من قبله لانه يستحقه عوضا بالشرط
وما لم يعلم لا يستحق شرطا بالعقد والسادس ان يخلي رب الارض بينها وبين العامل
حتى لو شرط عمل رب الارض يفسد العقد لفوات التخلية والسابع الشركة في الخارج
بعد حصوله لانه ينعقد شركة في الانتهاء فما يقطع هذه الشركة كان مفسدا للعقد
والثامن بيان جنس البذر ليصير الاجر معلوما قال وهي عندهما على اربعة
اوجه ان كانت الارض والبذر لواحد والبقر والعمل لواحد جازت المزارعة لان البقر
آلة العمل فصار كما اذا استأجر خياطا ليخيط بإبرة الخياط وان كانت الارض لواحد
والعمل والبقر والبذر لواحد جازت لانه استئجار الارض ببعض معلوم من الخارج فيجوز
كما اذا استأجرها بدراهم معلومة وان كانت الارض والبذر والبقر لواحد والعمل
من آخر جازت لانه استأجره للعمل بآلة المستأجر فصار كما اذا استأجر خياطا ليخيط ثوبه
او طيانا ليطين بمره وان كانت الارض والبقر لواحد والبذر والعمل لآخر فهي باطلة
وهذا الذي ذكره ظاهر الرواية وعن ابي يوسف انه يجوز ايضا لانه لو شرط البذر والبقر
عليه يجوز فكذا اذا شرط وحده وصار كجانب العامل ووجه الظاهر ان منفعة البقر ليست
من جنس منفعة الارض لان منفعة الارض قوة في طبعها يحصل بها النماء ومنفعة البقر
صلاحية يقام بها العمل كل ذلك بخلق الله تعالى فلم يتجانسا فتعذر ان يجعل تابعة لها
بخلاف جانب العامل لانه تجانست المنفعتان فجعلت تابعة لمنفعة العامل وههنا
وجهان آخران لم يذكرهما احدهما ان يكون البذر لاحدهما والارض والبقر والعمل لآخر
فانه لا يجوز لانه يتم شركة بين البذر والعمل ولم يرد به الشرع والثاني ان يجمع بين البذر
والبقر وانه لا يجوز ايضا لانه لا يجوز عند الانفراد فكذا عند الاجتماع والخارج في الوجهين لصاحب
البذر اعتبارا بسائر المزارعات الفاسدة وفي رواية لصاحب الارض ويصير مستقرضا
للبذر قابضا باتصاله بارضه قال ولا تصح المزارعة الا على مدة معلومة لما بينا

وان يكون الخارج بينهما شائعا تحقيقا لمعنى الشركة فان شرطا لاحدهما قفزانا مسماة فهي باطلة
لانه تنقطع الشركة لان الارض عساها لا تخرج الا هذا القدر وصار كاشتراط دراهم معدودة
لاحدهما في المضاربة وكذا اذا شرطا ان يرفع صاحب البذر بذره ويكون الباقي بينهما نصفين
لانه يؤدي الى قطع الشركة في بعض معين او في جميعه بان لم يخرج الا قدر البذر وصار كما
اذا شرطا رفع الخراج والارض خراجية وان يكون الباقي بينهما بخلاف ما اذا شرط صاحب
البذر عشر الخارج لنفسه او للآخر والباقي بينهما لانه مشاع فلا يؤدي الى قطع الشركة كما اذا
شرطا رفع العشر والارض عشرية وقسمة الباقي وكذلك ان شرطا ما على الماذيانات والسواقي
معناه لاحدهما لانه اذا شرط لاحدهما زرع موضع معين افضى ذلك الى قطع الشركة لانه لعله
لا يخرج الا من ذلك الموضع وعلى هذا اذا شرط لاحدهما ما يخرج من ناحية معينة وللآخر ما
ما يخرج من ناحية اخرى وكذا اذا شرط لاحدهما التبن وللآخر الحب لانه عسى ان يصيبه آفة
فلا ينعقد الحب ولا يخرج الا التبن وكذا اذا شرطا التبن نصفين والحب لاحدهما بعينه لانه
يؤدي الى قطع الشركة فيما هو المقصود ثم التبن يكون لصاحب البذر لانه نماء بذره
وفي حقه لا يحتاج الى الشرط والمفسد هو الشرط وهذا سكوت عنه قال مشايخ بلخ رحمهم الله
التبن بينهما ايضا اعتبارا للعرف فيما لم ينص عليه المتعاقدان ولانه تبع للحب والتبع يقوم
بشرط الاصل ولو شرطا الحب نصفين والتبن لصاحب البذر صحت لانه حكم العقد وان
شرطا التبن للآخر فسدت لانه شرط يؤدي الى قطع الشركة بان لا يخرج الا التبن واستحقاق
غير صاحب البذر بالشرط قال واذا صحت المزارعة فالخارج على الشرط لصحة الالتزام
وان لم تخرج الارض شيئا فلا شيء للعامل لانه يستحقه شركة ولا شركة في غير الخارج وان كانت
اجارة فالاجر مسمى فلا يستحق غيره بخلاف ما اذا فسدت لان اجر المثل في الذمة ولا تفوت
الذمة بعدم الخارج قال واذا فسدت فالخارج لصاحب البذر لانه نماء ملكه واستحقاق
الاجر بالتسمية وقد فسدت فبقي النماء كله لصاحب البذر قال ولو كان البذر من قبل رب
الارض فللعامل اجر مثله لا يزاد على مقدار ما شرط له لانه رضي بسقوط الزيادة وهذا
عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد له اجر مثله بالغا ما بلغ لانه استوفى منافعه بعقد
فاسد فيجب عليه قيمتها اذ لا مثل لها وقد مر في الاجارات وان كان من قبل العامل فلصاحب
الارض اجر مثل ارضه لانه استوفى منافع الارض بعقد فاسد فيجب ردها وقد تعذر
ولا مثل لها فيجب رد قيمتها وهل يزاد على ما شرط له من الخارج فهو على الخلاف الذي
ذكرناه ولو جمع بين الارض والبقر حتى فسدت المزارعة فعلى العامل اجر مثل الارض
والبقر هو الصحيح لان له مدخلا في الاجارة وهي اجارة معنى واذا استحق رب الارض
الخارج ببذره في المزارعة الفاسدة طاب له جميعه لان النماء حصل في ارض مملوكة له وان استحقه

العامل اخذ قدر بذره وقدر اجر الارض وتصدق بالفضل لان النماء يحصل من البذر و
يخرج من الارض وفساد الملك في منافع الارض اوجب خبثا فيه فما سلم له بعوض طاب له
وما لا عوض له تصدق به قال واذا عقدت المزارعة فامتنع صاحب البذر من العمل لم يجبر
عليه لانه لا يمكنه المضي في العقد الا بضرر يلزمه فصار كما اذا استأجر اجيرا ليهدم داره
وان امتنع الذي ليس من قبله البذر اجبره الحاكم على العمل لانه لا يلحقه بالوفاء بالعقد
ضرر والعقد لازم بمنزلة الاجارة الا اذا كان عذر يفسخ به الاجارة فيفسخ به المزارعة
ولو امتنع رب الارض والبذر من قبله وقد كرب المزارع الارض فلا شيء له في عمل الكراب
قيل هذا في الحكم اما فيما بينه وبين الله تعالى يلزمه استرضاء العامل لانه غره في ذلك
قال واذا مات احد المتعاقدين بطلت المزارعة اعتبارا بالاجارة وقد مر الوجه في
الاجارات فلو كان دفعها في ثلث سنين فلما نبت الزرع في السنة الاولى ولم يستحصد
مات رب الارض ترك الارض في يد المزارع حتى يستحصد الزرع ويقسم على الشرط و
تنتقض المزارعة فيما بقي من السنتين لان في ابقاء العقد في السنة الاولى مراعاة الحقين
بخلاف السنة الثانية والثالثة لانه ليس فيه ضرر بالعامل فيحافظ على القياس ولو مات
رب الارض قبل الزراعة بعدما كرب الارض وحفر الانهار انتقضت المزارعة لانه ليس فيه
ابطال مال على المزارع ولا شيء للعامل بمقابلة ما عمل لما نبينه ان شاء الله واذا فسخت
المزارعة بدين فادح لحق صاحب الارض فاحتاج الى بيعها جاز كما في الاجارة وليس للعامل
ان يطالبه بما كرب الارض وحفر الانهار بشيء لان المنافع انما تتقوم بالعقد وهو انما
تقوم بالخارج فاذا انعدم الخارج لم يجب شيء ولو نبت الزرع ولم يستحصد لم تبع الارض
في الدين حتى يستحصد الزرع لان في البيع ابطال حق المزارع والتأخير اهون من الابطال
ويخرجه القاضي من الحبس ان كان حبسه في الدين لانه لما امتنع بيع الارض لم يكن هو
ظالما والحبس جزاء الظلم قال واذا انقضت مدة المزارعة والزرع لم يدرك
كان على المزارع اجر مثل نصيبه من الارض الى ان يستحصد الزرع والنفقة على الزرع
عليهما على مقدار حقوقهما معناه حتى يستحصد لان في تبقية العقد باجر المثل تعديل
النظر من الجانبين فيصار اليه وانما كان العمل عليهما لان العقد قد انتهى بانتهاء المدة
وهذا عمل في المال المشترك وهذا بخلاف ما اذا مات رب الارض والزرع بقل حيث يكون العمل
فيه على العامل لان هناك ابقينا العقد في مدته والعقد يستدعي العمل على العامل اما
ها هنا العقد قد انتهى فلم يكن هذا ابقاء ذلك العقد فلم يختص العامل بوجوب العمل عليه
فان انفق احدهما بغير اذن صاحبه وامر القاضي فهو متطوع لانه لا ولاية له عليه ولو
اراد رب الارض ان يأخذ الزرع بقلا لم يكن له ذلك لان فيه اضرارا بالمزارع ولو اراد

المزارع ان يلحقه بقلا فيقال لصاحب الارض اقلع الزرع فيكون بينكما او اعطيه قيمة نصيبه
او انفق انت على الزرع وارجع بما ينفقه في حصته لان المزارع لما امتنع من العمل لا يجبر
عليه لان ابقاء العقد بعد وجود المنهي نظر له وقد ترك النظر لنفسه ورب الارض
بين هذه الخيارات لان بكل ذلك يستدفع الضرر ولو مات المزارع بعد نبات
الزرع فقالت ورثته نحن نعمل الى ان يستحصد الزرع وابى رب الارض فلهم ذلك
لانه لا ضرر على رب الارض ولا اجر لهم بما عملوا لانا ابقينا العقد نظرا لهم فان ارادوا
قلع الزرع لم يجبروا على العمل لما بينا والمالك على الخيارات الثلاث على ما بيناه قال وكذلك
اجرة الحصاد والرفاع والدياس والتذرية عليهما بالحصص فان شرطاه في المزارعة على العامل
فسدت وهذا الحكم ليس يختص بما ذكرنا من الصورة وهو انقضاء المدة والزرع لم يدرك
بل هو عام في جميع المزارعات ووجه ذلك ان العقد تناهى بتناهي الزرع لحصول المقصود
فيبقى مال مشترك بينهما ولا عقد فيجب مؤنته عليهما واذا شرط في العقد ذلك ولا يقتضيه
وفيه منفعة لاحدهما يفسد العقد كشرط الحمل والطحن على العامل وعن ابي يوسف انه يجوز
اذا شرط ذلك على العامل للتعامل اعتبارا بالاستصناع وهو اختيار مشايخ بلخ قال
شمس الائمة السرخسي هذا هو الاصح في ديارنا فالحاصل ان ما كان من عمل قبل الادراك
كالسقي والحفظ فهو على العامل وما كان منه بعد الادراك قبل القسمة فهو عليهما في ظاهر
الرواية كالحصاد والدياس واشباههما على ما بينا وما كان بعد القسمة فهو عليهما والمعاملة على
قياس هذا ما كان قبل ادراك الثمر من السقي والتلقيح والحفظ فهو على العامل وما كان
بعد الادراك كالجذاذ والحفظ فهو عليهما ولو شرط الجذاذ على العامل لا يجوز بالاتفاق
لانه لا عرف فيه وما كان بعد القسمة فهو عليهما لانه مال مشترك ولا عقد ولو شرط
الحصاد في الزرع على رب الارض لا يجوز بالاجماع لعدم العرف فيه ولو ارادا فصل القصيل
او جذ التمر بسرا او التقاط الرطب فذلك عليهما لانهما انهيا العقد لما عزما على الفصل و
الجذاذ بسرا فصار كما بعد الادراك

كتاب المساقاة

قال ابو حنيفة المساقات
بجزء من الثمر باطلة وقالا جائزة اذا ذكر مدة معلومة وسمى جزءا من الثمر مشاعا والمساقاة
هي المعاملة والكلام فيه كالكلام في المزارعة وقال الشافعي المعاملة جائزة ولا
يجوز المزارعة الا تبعا للمعاملة لان الاصل في هذا المضاربة والمعاملة اشبه بها لان
فيه شركة في الزيادة دون الاصل وفي المزارعة لو شرط الشركة في الربح دون البذر بان
شرط دفعه من رأس الخارج يفسد فجعلنا المعاملة اصلا وجوزنا المزارعة تبعا لها كالشرب
في بيع الارض والمنقول في وقف العقار وشرط المدة قياس فيها لانه اجارة معنى كما في
المزارعة وفي الاستحسان اذا لم يبين المدة يجوز ويقع على اول ثمر يخرج لان الثمر لادراكها

وقت

وقت معلوم فقلما يتفاوت ويدخل فيه ما هو المتيقن وادراك البذر في اصول الرطبة
في هذا بمنزلة ادراك الثمار لان له نهاية معلومة فلا يشترط بيان المدة بخلاف الزرع
لان ابتداءه يختلف كثيرا خريفا وصيفا وربيعا والانتهاء بناء عليه فيدخل الجهالة وبخلاف
ما اذا دفع اليه غرسا قد علق ولم يبلغ الثمر معاملة حيث لا يجوز الا ببيان المدة لانه
يتفاوت بقوة الارض وضعفها تفاوتا فاحشا وبخلاف ما اذا دفع نخلا او اصول
رطبة على ان يقوم عليها او اطلق في الرطبة تفسد لانه ليس لذلك نهاية معلومة لانها
تنمو ما تركت في الارض فجهلت المدة ويشترط تسمية الجزء مشاعا لما بينا في المزارعة اذ شرط
جزء معين يقطع الشركة وان سميا في المعاملة وقتا يعلم انه لا يخرج الثمر فيها فسدت
المعاملة لفوات المقصود وهو الشركة في الخارج ولو سميا مدة قد يبلغ الثمر فيها وقد
يتأخر عنها جازت لانا لا نتيقن بفوات المقصود ثم لو خرج في الوقت المسمى فهو على الشركة
لصحة العقد وان تأخر فللعامل اجر المثل لفساد العقد لانه تبين الخطأ في المدة المسماة
فصار كما اذا علم ذلك في الابتداء بخلاف ما اذا لم يخرج اصلا لان الذهاب بآفة
فلا يتبين فساد المدة فيبقى العقد صحيحا ولا شيء لكل واحد منهما على صاحبه قال
ويجوز المساقاة في النخل والشجر والكرم والرطاب واصول الباذنجان وقال الشافعي في
الجديد لا يجوز الا في الكرم والنخل لان جوازها بالاثر وقد خصهما وهو حديث خيبر
ولنا ان الجواز للحاجة لا لجوازها بالاثر وقد عمت واثر خيبر لا يخصهما لان اهلها
يعملون في الاشجار والرطاب ايضا ولو كان كما زعم فالاصل في النصوص ان يكون معلولة سيما
على اصله وليس لصاحب الكرم ان يخرج العامل من غير عذر لانه لا ضرر عليه في الوفاء بالعقد
وكذا ليس للعامل ان يترك العمل بغير عذر بخلاف المزارعة بالاضافة الى صاحب البذر
لما بينا قال فان دفع نخلا فيه ثمرة مساقاة والثمرة تزيد بالعمل جاز وان كانت
قد انتهت لم يجز وكذا على هذا اذا دفع الزرع وهو بقل جاز وان استحصد وادرك لم يجز
لان العامل انما يستحق بالعمل ولا اثر للعمل بعد التناهي والادراك فلو جوزناه لكان
استحقاقا بغير عمل ولم يرد به الشرع بخلاف ما قبل ذلك لتحقق الحاجة الى العمل
قال واذا فسدت المساقاة فللعامل اجر مثله لانه في معنى الاجارة الفاسدة وصار
كالمزارعة اذا فسدت قال وتبطل المساقاة بالموت لانه في معنى الاجارة وقد بيناه
فيها فان مات رب الارض والخارج بسر فللعامل ان يقوم عليه كما يقوم قبل ذلك
الى ان يدرك الثمر وان كره ذلك ورثة رب الارض استحسانا فيبقى العقد دفعا للضرر
عنه ولا ضرر فيه على الآخر ولو التزم العامل الضرر يتخير ورثة الآخر بين ان يقتسموا البسر على
الشرط وبين ان يعطوه قيمة نصيبه من البسر وبين ان ينفقوا على البسر حتى يبلغ فيرجعوا

بذلك في حصة العامل من الثمن لانه ليس له الحاق الضرر بهم وقد بينا نظيره في المزارعة
وان مات العامل فلورثته ان يقوموا عليه وان كره رب الارض لان فيه النظر من الجانبين
فان ارادوا ان يصرموه بسرا كان صاحب الارض بين الخيارات الثلث التي بيناها وان ماتا جميعا
فالخيار لورثة العامل لقيامهم مقامه وهذا خلافة في حق مالي وهو ترك الثمار على الاشجار
الى وقت الادراك لا ان يكون وارثه في الخيار فان ابى ورثة العامل ان يقوموا عليه كان
الخيار في ذلك لورثة رب الارض على ما وصفنا قال واذا انقضت مدة المعاملة
والخارج بسر اخضر فهذا والاول سواء وللعامل ان يقوم عليها الى ان يدرك لكن بغير اجر
لان الشجر لا يجوز استيجاره بخلاف المزارعة في هذا لان الارض يجوز استيجارها وكذ
العمل كله على العامل ههنا وفي المزارعة في هذا عليهما لانه لما وجب اجر مثل الارض بعد
انتهاء المدة على العامل لا يستحق عليه العمل وههنا لا اجر فجاز ان يستحق العمل كما يستحق
قبل انتهائها قال وتفسخ بالاعذار كما بينا في الاجارة وقد بيناه وجوه العذر فيها
ومن جملتها ان يكون العامل سارقا يخاف عليه سرقة السعف والثمر قبل الادراك لانه
يلزم صاحب الارض ضرر لم يلتزمه فيفسخ به ومنها مرض العامل اذا كان يضعفه عن
العمل لان في الزامه استيجار الاجراء زيادة ضرر عليه فلم يلتزمه فيجعل ذلك عذرا
ولو اراد العامل ترك ذلك العمل هل يكون عذرا فيه روايتان وتاويل احديهما ان
يشترط العمل بيده فيكون عذرا من جهته قال ومن دفع ارضا بيضاء الى رجل سنين معلومة
يغرس فيها شجرا على ان يكون الارض والشجر بين رب الارض والغارس نصفين لم يجز ذلك
لاشتراط الشركة فيما كان حاصلا قبل الشركة لا بعمله وجميع الثمر والغرس لرب الارض
وللغارس قيمة غرسه واجر مثله فيما عمل لانه في معنى قفيز الطحان اذ هو استيجار ببعض
ما يخرج من عمله وهو نصف البستان فيفسد وتعذر رد الغراس لاتصالها بالارض
فيجب قيمتها واجر مثله لانه لا يدخل في قيمة الغرس لتقومها بنفسها وفي تخريجها طريق
آخر بيناه في كفاية المنتهى وهذا اصحهما **كتاب الذبايح** الذكاة شرط
حل الذبيحة لقوله تعالى الا ما ذكيتم ولان به يتميز الدم النجس من اللحم الطاهر وكما يثبت
به الحل يثبت به الطهارة في الماكول وغيره فانها تنبئ عنهما ومنه قوله عليه السلام
ذكاة الارض يبسها وهي اختيارية كالجرح فيما بين اللبة واللحيين واضطرارية وهي الجرح
في اي موضع كان من البدن والثاني كالبدل عن الاول لانه لا يصار اليه الا عند العجز عن
الاول اذا التكليف بحسب الوسع ومن شرطه ان يكون الذابح صاحب ملة التوحيد اما
اعتقادا كالمسلم او دعوى كالكتابي وان يكون حلالا خارج الحرم على ما نبينه ان شاء الله تعالى
قال وذبيحة المسلم والكتابي حلال لما تلونا ولقوله تعالى وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم

قال ويحل اذا كان يعقل التسمية والذبيحة ويضبط وان كان صبيا او مجنونا او امراة
اما اذا كان لا يضبط ولا يعقل التسمية والذبيحة لا يحل لان التسمية على الذبيحة شرط بالنص
وذلك بالقصد وصحة القصد بما ذكرنا والا قلف والمجنون سواء لما ذكرنا واطلاق
الكتابي ينتظم الكتابي الذمي والحربي والعربي والتغلبي لان الشرط قيام الملة على ما مر قال
ولا يوكل ذبيحة المجوسي لقوله عليه السلام سنوا بهم سنة اهل الكتاب غير ناكحي نسائهم
ولا اكلي ذبايحهم ولانه لا يدعي التوحيد فانعدمت الملة اعتقادا ودعوى والمرتد لانه لا
ملة له فانه لا يقر على ما انتقل اليه بخلاف الكتابي اذا تحول الى غير دينه لانه يقر عليه عندنا فيعتبر
ما هو عليه عند الذبح لا ما قبله قال والوثني لانه لا يعتقد الملة قال والمحرم
يعني من الصيد وكذا لا يوكل ما ذبح في الحرم من الصيد والاطلاق في المحرم ينتظم الحل
والحرم والذبح يستوي فيه الحلال والمحرم عن الصيد او ذبح في الحرم عن الصيد لانه فعل
مشروع اذ الحرم لا يومن الشاة وكذا ذبحه لا يحرم على المحرم قال وان ترك الذابح
التسمية عمدا فالذبيحة ميتة ولا يوكل وان تركها ناسيا اكل وقال الشافعي اكل في الوجهين
وقال مالك لا يوكل في الوجهين والمسلم والكتابي في ترك التسمية سواء وعلى هذا الخلاف
اذا ترك التسمية عند ارسال البازي والكلب عند الرمي وهذا القول من الشافعي مخالف
للاجماع فانه لا خلاف فيمن كان قبله في حرمة متروك التسمية عامدا وانما الخلاف بينهم في
متروك التسمية ناسيا فمن مذهب ابن عمر رضي الله عنهما انه يحرم ومن مذهب علي رضي الله
عنهم انه يحل بخلاف متروك التسمية عامدا ولهذا قال ابو يوسف والمشايخ رحمهم الله ان
متروك التسمية عامدا لا يسع فيه الاجتهاد ولو قضى القاضي بجواز بيعه لا ينفذ لكونه
مخالفا للاجماع له قوله عليه السلام المسلم يذبح على اسم الله سمى او لم يسم ولان التسمية
لو كانت شرطا للحل لما سقطت بعذر النسيان كالطهارة في باب الصلاة ولو كانت شرطا
فالملة اقيمت مقامها كما في الناسي ولنا الكتاب وهو قوله تعالى ولا تاكلوا مما لم
يذكر اسم الله عليه نهي وهو للتحريم والاجماع وهو ما بينا والسنة وهو حديث
عدي بن حاتم الطائي فانه عليه السلام قال في اخره فانك انما سميت على كلبك ولم تسم
على كلب غيرك علل الحرمة بترك التسمية ومالك رحمه الله يحتج بظاهر ما ذكرنا اذ لا فصل
فيه ولكنا نقول في اعتبار ذلك من الحرج ما لا يخفى لان الانسان كثير النسيان والحرج
مدفوع والسمع غير مجرى على ظاهره اذ لو اريد به لجرت المحاجة وظهر الانقياد وارتفع
الخلاف في الصدر الاول والاقامة في حق الناسي وهو معذور لا تدل عليها في حق
العامد ولا عذر وما رواه محمول على حالة النسيان ثم التسمية في ذكاة الاختيار
يشترط عند الذبح وهي على المذبوح وفي الصيد يشترط عند الارسال والرمي وهي على

لان المقدور له في الاول الذبح وفي الثاني الرمي والارسال دون الاصابة فتشترط عند فعل
يقدر عليه حتى اذا اضجع شاة وسمى وذبح غيرها بتلك التسمية لا يجوز ولو رمى الى صيد
وسمى واصاب غيره حل وكذا في الارسال ولو اضجع شاة وسمى ثم رمى بالشفرة وذبح باخرى
اكل ولو سمى على سهم ثم رمى بغيره صيدا لا يوكل قال ويكره ان يذكر مع اسم الله
شيئا غيره وان يقول عند الذبح اللهم تقبل من فلان وهذه ثلاث مسائل احديها ان
يذكر موصولا لا معطوفا فيكره ولا يحرم الذبيحة وهو المراد بما قال ونظيره ان يقول
بسم الله محمد رسول الله لان الشركة لم توجد فلم يكن الذبح واقعا له الا انه يكره لوجود
القران صورة فيتصور بصورة المحرم والثانية ان يذكر موصولا على وجه العطف
والشركة بان يقول باسم الله واسم فلان او باسم الله ومحمدٍ رسولِ الله بكسر الدال فتحرم
الذبيحة لانه اهل به لغير الله والثالثة ان يكون مفصولا عنه صورة ومعنى بان يقول
قبل التسمية وقبل ان يضجع الذبيحة او بعده وهذا لا باس به لما روي عن النبي عليه السلام
انه قال بعد الذبح اللهم تقبل هذه عن امة محمد ممن شهد لك بالوحدانية ولي بالبلاغ
والشرط هو الذكر الخالص المجرد على ما قال ابن مسعود رضي الله عنه جردوا التسمية حتى لو قال
عند الذبح اللهم اغفر لي لا يحل لانه دعا وسؤال ولو قال الحمد لله او سبحان الله يريد
التسمية حل ولو عطس عند الذبح فقال الحمد لله لا يحل في اصح الروايتين لانه يريد به الحمد
على نعمة دون التسمية وما تداولته الالسن عند الذبح وهو قوله بسم الله والله اكبر
منقول عن ابن عباس رضي الله عنهما في قوله تعالى فاذكروا اسم الله عليها صواف قال
والذبح بين اللبة واللحيين وفي الجامع الصغير لا باس بالذبح في الحلق كله وسطه واعلاه واسفله
والاصل فيه قوله عليه السلام الذكاة ما بين اللبة واللحيين ولانه مجمع المجرى والعروق فيحصل
بالفعل فيه انهار الدم على ابلغ الوجوه فكان حكم الكل سواء قال والعروق التي تقطع في
الذكاة اربعة الحلقوم والمريء والودجان لقوله عليه السلام افر الاوداج بما شئت
وهي اسم جمع واقله الثلاث فيتناول المريء والودجين وهو حجة على الشافعي في الاكتفاء
بالحلقوم والمريء الا انه لا يمكن قطع هذه الثلاث الا بقطع الحلقوم فيثبت قطع الحلقوم
باقتضائه وبظاهر ما ذكرنا يحتج مالك ولا يجوز الاكثر منها بل يشترط قطع جميعها وعندنا
ان قطعها حل الاكل وان قطع اكثرها فكذلك عند ابي حنيفة وقالا لا بد من قطع الحلقوم
والمريء واحد الودجين قال رحمه الله هكذا ذكر القدوري الاختلاف في مختصره
والمشهور في كتب اصحابنا ان هذا قول ابي يوسف وحده وفي الجامع الصغير وان قطع
نصف الحلقوم ونصف الاوداج لم يوكل وان قطع الاكثر من الحلقوم ومن الاوداج قبل
ان تموت اكل ولم يحك خلافا وان اختلف الرواية فيه والحاصل انه عند ابي حنيفة اذا قطع

الثلاث اي ثلث كان حل وبه كان يقول ابو يوسف اولا ثم رجع الى ما ذكرنا وعن محمد انه
يعتبر اكثر كل فرد وهو رواية عن ابي حنيفة لان كل فرد منها اصل بنفسه لانفصاله عن
غيره ولورود الامر بفريه فيعتبر اكثر كل واحد منها ولابي يوسف ان المقصود من قطع الودجين
انهار الدم فينوب احدهما عن الآخر اذ كل واحد منهما مجرى الدم اما الحلقوم فيخالف المريء
فانه مجرى العلف والماء والمريء مجرى النفس فلا بد من قطعهما ولابي حنيفة ان الاكثر يقوم
مقام الكل في كثير من الاحكام واي ثلث قطعها فقد قطع الاكثر منها وما هو المقصود
يحصل بها وهو انهار الدم المسفوح والتوجيه في اخراج الروح لانه لا يحيى بعد قطع
مجرى النفس والطعام ويخرج الدم بقطع احد الودجين فيكتفى به تحرزا عن زيادة
التعذيب بخلاف ما اذا قطع النصف لان الاكثر باق فكانه لم يقطع شيئا احتياطا
لجانب الحرمة قال ويجوز الذبح بالظفر والقرن والسن اذا كان منزوعا حتى لا
يكون باكله باس الا انه يكره هذا الذبح وقال الشافعي المذبوح ميتة لقوله
عليه السلام كل ما انهر الدم وافرى الاوداج ما خلا الظفر والسن فانهما مدى الحبشة
ولانه فعل غير مشروع فلا يكون ذكاة كما اذا ذبح بغير المنزوع ولنا قوله عليه السلام
انهر الدم بما شئت ويروى افر الاوداج بما شئت وما رواه محمول على غير المنزوع
فان الحبشة كانوا يفعلون ذلك ولانه آلة جارحة فيحصل به ما هو المقصود
وهو اخراج الدم وصار كالحجر والحديد بخلاف غير المنزوع لانه يقتل بالثقل فيكون
في معنى المنخنقة وانما يكره لان فيه استعمال جزء الآدمي ولان فيه اعسارا على الحيوان
وقد امرنا فيه بالاحسان قال ويجوز الذبح بالليطة والمروة وبكل شيء انهر
الدم الا السن القائم والظفر القائم فان المذبوح بهما ميتة لما بينا ونص محمد
في الجامع الصغير على انها ميتة لانه وجد فيه نصا وما لم يجد فيه نصا يحتاط في ذلك
فيقول في الحل لا باس وفي الحرمة يقول يكره او لم يوكل قال ويستحب ان يحد
الذابح شفرته لقوله عليه السلام ان الله تعالى كتب الاحسان على كل شيء فاذا
قتلتم فاحسنوا القتلة واذا ذبحتم فاحسنوا الذبحة وليحد احدكم شفرته وليرح
ذبيحته ويكره ان يضجعها ثم يحد الشفرة لما روي عن النبي عليه السلام انه راى
رجلا اضجع شاة وهو يحد شفرته فقال لقد اردت ان تميتها موتات هلا
حددتها قبل ان تضجعها قال ومن بلغ بالسكين النخاع او قطع الراس كله
كره له ذلك وتوكل ذبيحته وفي بعض النسخ قطع مكان بلغ والنخاع عرق ابيض في
عظم الرقبة اما الكراهة فلما روي عن النبي عليه السلام انه نهى ان تنخع الشاة
اذا ذبحت وتفسيره ما ذكرنا وقيل معناه ان يمد راسه حتى يظهر مذبحه

وقيل ان يكسر عنقه قبل ان تسكن من الاضطراب وكل ذلك مكروه وهذا لان في جميع ذلك
وفي قطع الراس زيادة تعذيب الحيوان بلا فائدة وهو منهي عنه والحاصل ان ما فيه زيادة
الالم لا يحتاج اليه في الذكاة مكروه ويكره ان يجر ما يريد ذبحه برجله الى المذبح وان تنخع
الشاة قبل ان تبرد يعني تسكن من الاضطراب وبعده لا الم فلا يكره النخع والسلخ
الا ان الكراهة لمعنى زائد وهو زيادة الالم قبل الذبح او بعده فلا يوجب التحريم و
لهذا قال يؤكل ذبيحته فان ذبح الشاة من قفاها فبقيت حية حتى قطع العروق حل لتحقق
الموت بما هو ذكاة ويكره لان فيه زيادة الالم من غير حاجة فصار كما اذا جرحها ثم قطع
الاوداج وان ماتت قبل قطع العروق لم يؤكل لوجود الموت بما ليس بذكاة فيها
قال وما استانس من الصيد فذكاته الذبح وما توحش من النعم فذكاته العقر والجرح
لان ذكاة الاضطرار انما يصار اليه عند العجز عن ذكاة الاختيار على ما مر والعجز متحقق
في الوجه الثاني دون الاول وكذا ما تردى من النعم في بئر ووقع العجز عن ذكاة الاختيار
لما بينا وقال مالك لا يحل بذكاة الاضطرار في الوجهين لان ذلك نادر ونحن نقول
المعتبر حقيقة العجز وقد تحقق فيصار الى البدل كيف وانا لا نسلم الندرة بل هو غالب في
الكتاب اطلق فيما توحش من النعم وعن محمد ان الشاة اذا ندت في الصحراء فذكاتها
العقر وان ندت في المصر لا يحل بالعقر لانها لا تدفع عن نفسها فيمكن اخذها في المصر فلا عجز
والمصر وغيره سواء في البقر والبعير لانهما تدفعان عن نفسهما فلا يقدر على اخذهما وان
ندا في المصر فيتحقق العجز والصيال كالند اذا كان لا يقدر على اخذه حتى لو قتله المصول
عليه وهو يريد الذكاة حل اكله قال والمستحب في الابل النحر فان ذبحها جاز ويكره
والمستحب في البقر والغنم الذبح فان نحرها جاز ويكره اما الاستحباب فلموافقة السنة
المتوارثة ولاجتماع العروق فيها في النحر وفيهما في المذبح والكراهة لمخالفة السنة وهي
لمعنى في غيره فلا يمنع الجواز والحل خلافا لما يقوله مالك انه لا يحل قال ومن نحر ناقة
او ذبح بقرة او شاة فوجد في بطنها جنينا ميتا لم يؤكل اشعر او لم يشعر وهذا عند ابي
حنيفة وهو قول زفر والحسن بن زياد وقال ابو يوسف ومحمد اذا تم خلقه اكل وهو قول
الشافعي لقوله عليه السلام ذكاة الجنين ذكاة امه ولانه جزء من الام حقيقة لانه يتصل
بها حتى يفصل بالمقراض ويتغذى بغذائها ويتنفس بنفسها وكذا حكما حتى يدخل في البيع
الوارد على الام ويعتق باعتاقها واذا كان جزءا منها فالجرح في الام ذكاة له عند العجز
عن ذكاته كما في الصيد وله انه اصل في الحياة حتى يتصور حياته بعد موتها وعند ذلك
يفرد بالذكاة ولهذا يفرد بايجاب الغرة ويعتق باعتاق مضاف اليه وتصح الوصية له و
به وهو حيوان دموي وما هو المقصود من الذكاة وهو الميز بين الدم واللحم لا يتحصل

بجرح الام اذ هو ليس بسبب لخروج الدم عنه فلا يجعل تبعا في حقه بخلاف الجرح في الصيد لانه سبب
لخروجه فيقام مقام الكامل فيه عند التعذر وانما يدخل في البيع تحريا للجواز كيلا يفسد
باستثنائه ويعتق باعتاقها كيلا ينفصل من الحرة ولد رقيق

فصل فيما يحل اكله وما لا يحل

قال ولا يجوز اكل ذي ناب من السباع ولا ذي مخلب من الطير لان النبي عليه السلام
نهى عن اكل كل ذي مخلب من الطيور وكل ذي ناب من السباع وقوله من السباع ذكر عقيب النوعين
فينصرف اليهما فيتناول سباع الطيور والبهائم لا كل ما له مخلب او ناب والسبع كل
مختطف منتهب جارح قاتل عاد عادة ومعنى التحريم والله اعلم كرامة بني آدم كيلا يعدو
شيء من هذه الاوصاف الذميمة اليهم بالاكل ويدخل فيه الضبع والثعلب فيكون الحديث
حجة على الشافعي في اباحتهما والفيل ذو ناب فيكره واليربوع وابن عرس من سباع الهوام
وكرهوا اكل الرخم والبغاث لانهما ياكلان الجيف قال ولا باس بغراب الزرع لانه ياكل
الحب وليس من سباع الطير ولا يؤكل الابقع الذي ياكل الجيف وكذا الغداف وقال
ابو حنيفة لا باس باكل العقعق لانه يخلط فاشبه الدجاجة وعن ابي يوسف انه يكره لان
غالب اكله الجيف قال ويكره اكل الضبع والضب والسلحفاة والزنبور والحشرات
كلها اما الضبع فلما ذكرنا واما الضب فلان النبي عليه السلام نهى عائشة رضي الله عنها
حين سالته عن اكله وهو حجة على الشافعي في اباحته والزنبور من المؤذيات والسلحفاة
من خبائث الحشرات ولهذا لا يجب على المحرم بقتله شيء وانما يكره الحشرات كلها استدلالا
بالضب لانه منها قال ولا يجوز اكل لحم الحمر الاهلية والبغال لما روى خالد بن الوليد
رضي الله عنه ان النبي عليه السلام نهى عن لحوم الخيل والبغال والحمير وعن علي رضي الله عنه
ان النبي عليه السلام اهدر المتعة وحرم لحوم الحمر الاهلية يوم خيبر قال ويكره
لحم الفرس عند ابي حنيفة وهو قول مالك وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي لا باس باكله
لحديث جابر رضي الله عنه انه قال نهى رسول الله عن لحوم الحمر الاهلية واذن في لحم الخيل
يوم خيبر ولابي حنيفة قوله تعالى والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينة خرج مخرج
الامتنان والاكل من اعلى منافعها والحكيم لا يترك الامتنان باعلى النعم ويمتن بادناها ولانه
آلة ارهاب العدو فيكره اكله احتراما له ولهذا يضرب له بسهم في الغنيمة ولان في
اباحته تقليل آلة الجهاد وحديث جابر معارض بحديث خالد رضي الله عنه والترجيح للمحرم
ثم قيل الكراهية كراهية تحريم وقيل كراهية تنزيه والاول اصح واما لبنه فقد
قيل لا باس به لانه ليس في شربه تقليل آلة الجهاد قال ولا باس باكل الارنب لان النبي
عليه السلام اكل منه حين اهدي اليه مشويا وامر اصحابه بالاكل منه ولانه ليس من السباع
ولا من اكلة الجيف فاشبه الظبي واذا ذبح ما لا يؤكل لحمه طهر لحمه وجلده الا الآدمي

والخنزير فان الذكاة لا يعمل فيهما الآدمي لحرمته والخنزير لنجاسته كما في الدباغ وقال الشافعي رحمه الله
الذكاة لا يؤثر في جميع ذلك لانه لا يؤثر في اباحة اللحم اصلا وفي طهارته وطهارة الجلد تبعا
ولا تبع بدون الاصل وصار كذبح المجوسي ولنا ان الذكاة مؤثرة في ازالة الرطوبات والدماء
السيالة وهي النجسة دون ذات الجلد واللحم فاذا زالت طهر كما في الدباغ وهذا الحكم مقصود
في الجلد كالتناول في اللحم وفعل المجوسي اماتة في الشرع فلا بد من الدباغ وكما يطهر لحمه يطهر جلده
حتى لو وقع في الماء القليل لا يفسده خلافا له وهل يجوز الانتفاع في غير الاكل قيل لا يجوز اعتبارا
بالاكل وقيل يجوز كالزيت اذا خالطه ودك الميتة والزيت غالب لا يؤكل وينتفع به في غير
الاكل قال ولا يؤكل من حيوان الماء الا السمك وقال مالك وجماعة باطلاق جميع ما في
البحر واستثنى بعضهم الخنزير والكلب والانسان وعن الشافعي انه اطلق ذلك كله والخلاف في
في الاكل والبيع واحدهم قوله تعالى احل لكم صيد البحر من غير فصل وقوله عليه السلام في البحر
هو الطهور ماؤه والحل ميتته ولانه لا دم في هذه الاشياء اذ الدموي لا يسكن الماء والمحرم هو
الدم فاشبه السمك ولنا قوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث وما سوى السمك خبيث
ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن دواء يتخذ فيه الضفدع ونهى عن بيع السرطان والصيد
والصيد المذكور فيما تلا محمول على الاصطياد وهو مباح فيما لا يحل والميتة المذكورة
فيما روي محمول وهو حلال مستثنى من ذلك لقوله عليه السلام احلت لنا ميتتان ودمان
الميتتان فالسمك والجراد واما الدمان فالكبد والطحال قال ويكره اكل الطافي
منه وقال مالك والشافعي لا باس به لاطلاق ما روينا ولان ميتة البحر موصوفة بالحل
بالحديث ولنا ما روى جابر عن النبي عليه السلام انه قال ما نضب عنه الماء فكلوا وما
لفظه الماء فكلوا وما طفا فلا تاكلوا وعن جماعة من الصحابة مثل مذهبنا وميتة البحر ما
لفظه البحر ليكون موته مضافا الى البحر لا ما مات فيه من غير آفة قال ولا باس باكل الجريث
والمارماهي وانواع السمك والجراد بلا ذكاة وقال مالك رحمه الله لا يحل الجراد الا ان يقطع
الاخذ راسه ويشويه لانه صيد البر ولهذا يجب على المحرم بقتله جزاء يليق به فلا يحل الا
بالقتل كما في سائره والحجة عليه ما روينا وسئل علي رضي الله عنه عن الجراد يأخذه الرجل من
الارض وفيها الميت وغيره فقال كله كله وهذا عد من فصاحته ودل على اباحته وان مات
حتف انفه بخلاف السمك اذا مات من غير آفة لانا خصصناه بالنص الوارد في الطافي
وتتفرع عليه فروع كثيرة بيناها في كفاية المنتهي وعند التامل يقف المبرز عليها ومنها اذا
قطع بعضها فمات يحل اكل ما ابين وما بقي لان موته بآفة وما ابين من الحي وان كان ميتا
فميتته حلال وفي الموت بالحر والبرد روايتان

كتاب الاضحية

قال الاضحية
واجبة على كل حر مسلم موسر في يوم الاضحى عن نفسه وعن ولده الصغار اما الوجوب فقول
ابي حنيفة ومحمد وزفر والحسن واحدى الروايتين عن ابي يوسف وعنه انها سنة ذكره في
الجوامع وهو قول الشافعي وذكر الطحاوي ان على قول ابي حنيفة واجبة وعلى
قول ابي يوسف ومحمد سنة مؤكدة وهكذا ذكر بعض المشايخ الاختلاف وجه السنة
قوله عليه السلام من اراد ان يضحي منكم فلا ياخذ من شعره واظفاره شيئا والتعليق
بالارادة ينافي الوجوب ولانها لو كانت واجبة على المقيم لوجبت على المسافر لانهما لا
يختلفان في الوظائف المالية كالزكوة وصار كالعتيرة ووجه الوجوب قوله عليه السلام
من وجد سعة ولم يضح فلا يقربن مصلانا ومثل هذا الوعيد لا يلحق بترك غير الواجب
ولانها قربة يضاف اليها وقتها يقال يوم الاضحى وذلك يؤذن بالوجوب لان الاضافة
للاختصاص وهو بالوجود والوجوب هو المفضي الى الوجود ظاهرا بالنظر الى الجنس
غير ان الاداء يختص باسباب يشق على المسافر استحضارها ويفوت بمضي الوقت فلا
يجب عليه بمنزلة الجمعة والمراد بالارادة فيما روي والله اعلم ما هو ضد السهو لا التخيير والعتيرة
منسوخة وهي شاة تقام في رجب على ما قيل وانما اختص الوجوب بالحرية لانها وظيفة
مالية لا تتأدى الا بالملك والمالك هو الحر وبالاسلام لكونها قربة وبالاقامة لما بينا
واليسار لما بينا من اشتراط السعة ومقداره ما يجب به صدقة الفطر وقد مر في الصوم
والوقت وهو يوم الاضحى لانها مختصة به وسنبين مقداره ان شاء الله ويجب عن
نفسه لانه اصل في الوجوب عليه على ما بيناه وعن ولده الصغير لانه في معنى نفسه
فيلحق به كما في صدقة الفطر وهذه رواية الحسن عن ابي حنيفة وروي عنه انه لا يجب عن ولده
وهو ظاهر الرواية بخلاف صدقة الفطر لان السبب هناك راس يمونه ويلي عليه وهما
موجودان في الصغير وهذه قربة محضة والاصل في القرب ان لا يجب على الغير بسبب الغير
ولهذا لا يجب عن عبده وان كان يجب عنه صدقة الفطر وان كان للصغير مال يضحي عنه ابوه
او وصيه من ماله عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد وزفر والشافعي يضحي من مال نفسه
لا من مال الصغير والخلاف في هذا كالخلاف في صدقة الفطر وقيل لا يجوز التضحية من
مال الصغير في قولهم لان القربة تتادى بالاراقة والصدقة بعده تطوع فلا
يجوز ذلك من مال الصغير ولا يمكنه ان ياكله كله والاصح ان يضحي من ماله وياكل منه ما
امكنه ويبتاع بما بقي ما ينتفع بعينه قال ويذبح عن كل واحد منهم شاة او يذبح بقرة
او بدنة عن سبعة والقياس ان لا يجوز الا عن واحد لان الاراقة واحدة وهي القربة الا انا
تركناه بالاثر وهو ما روي عن جابر رضي الله عنه انه قال نحرنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم البقرة عن سبعة
والبدنة عن سبعة ولا نص في الشاة فبقي على اصل القياس ويجوز عن ستة او خمسة
او ثلاثة ذكره محمد في الاصل لانه لما جاز عن السبعة فعمن دونهم اولى ولا يجوز عن ثمانية

اخذا بالقياس فيما لا نص فيه وكذا اذا كان نصيب احدهم اقل من السبع لا يجوز عن الكل لانعدام
وصف القربة في البعض وسنبينه ان شاء الله وقال مالك يجوز عن اهل بيت واحد وان كانوا
اكثر من سبعة ولا يجوز عن اهل بيتين وان كانوا اقل منها لقوله عليه السلام على كل اهل
بيت في كل عام اضحاة وعتيرة قلنا المراد منه والله اعلم قيم اهل البيت لان اليسار له
يؤيده ما روي على كل مسلم في كل عام اضحاة وعتيرة ولو كانت البدنة بين اثنين نصفين
يجوز في الاصح لانه لما جاز ثلاثة الاسباع جاز نصف السبع تبعا له واذا جاز على الشركة
فقسمة اللحم بالوزن لانه موزون ولو اقتسموا جزافا لا يجوز الا اذا كان معه شيء من
الاكارع والجلد اعتبارا بالبيع قال ولو اشترى بقرة يريد ان يضحي بها عن نفسه
ثم اشرك فيها ستة معه اجزاهم استحسانا وفي القياس لا يجزيه وهو قول زفر لانه
اعدها للقربة فيمتنع عن بيعها تمولا والاشتراك هذه صفته وجه الاستحسان انه
قد يجد بقرة سمينة يشتريها ولا يظفر بالشركاء وقت البيع وانما يطلبهم بعده
فكانت الحاجة اليه ماسة فجوزناه دفعا للحرج وقد امكن لان بالشراء للتضحية لا يمتنع
البيع والاحسن ان يفعل ذلك قبل الشراء ليكون ابعد عن الخلاف وعن صورة
الرجوع في القربة وعن ابي حنيفة انه يكره الاشتراك بعد الشراء لما بينا قال
وليس على الفقير والمسافر اضحية لما بينا وابو بكر وعمر رضي الله عنهما كانا لا يضحيان
اذا كانا مسافرين وعن علي رضي الله عنه ليس على المسافر جمعة ولا اضحية قال
ووقت الاضحية يدخل بطلوع الفجر من يوم النحر الا انه لا يجوز لاهل الامصار
الذبح حتى يصلي الامام العيد فاما اهل السواد فيذبحون بعد الفجر والاصل فيه
قوله عليه السلام من ذبح قبل الصلاة فليعد ذبيحته ومن ذبح بعد الصلاة
فقد تم نسكه واصاب سنة المسلمين وقال عليه السلام ان اول نسكنا في هذا اليوم
الصلاة ثم الاضحية غير ان هذا الشرط في حق من عليه الصلاة وهو المصري دون اهل
السواد ولان التاخير لاحتمال التشاغل به عن الصلاة فلا معنى للتاخير في حق القروي
ولا صلاة عليه وما روينا حجة على مالك والشافعي رحمهما الله في نفي الجواز بعد
الصلاة قبل نحر الامام ثم المعتبر في ذلك مكان الاضحية حتى لو كانت في السواد والمضحي
في المصر يجوز كما انشق الفجر وفي العكس لا يجوز الا بعد الصلاة وحيلة المصري اذا اراد
التعجيل ان يبعث بها الى خارج المصر فيضحي بها كما طلع الفجر وهذا لانها تشبه الزكاة
من حيث انها تسقط بهلاك المال قبل مضي ايام النحر كالزكاة بهلاك النصاب فيعتبر
في الصرف مكان المحل لا مكان الفاعل اعتبارا بها بخلاف صدقة الفطر لانها لا تسقط
بهلاك المال بعد ما طلع الفجر من يوم الفطر ولو ضحى بعد ما صلى اهل المسجد ولم يصل

اهل

اهل الجبانة اجزاه استحسانا لانها صلاة معتبرة حتى لو اكتفوا بها اجزتهم وكذا على عكسه وقيل
هو جائز قياسا واستحسانا قال وهي جائزة في ثلاثة ايام يوم النحر ويومان بعده وقال
الشافعي ثلاثة ايام بعده لقوله عليه السلام ايام التشريق كلها ايام ذبح ولنا ما روي عن عمر
وعلي وابن عباس رضي الله عنهم انهم قالوا ايام النحر ثلاثة افضلها اولها وقد قالوه سماعا
لان الراي لا يهتدي الى المقادير وفي الاخبار تعارض فاخذنا بالمتيقن وهو الاقل وافضلها
اولها كما قالوا ولان فيه مسارعة الى اداء القربة وهو الاصل الا لمعارض ويجوز الذبح في
لياليها الا انه يكره لاحتمال الغلط في ظلمة الليل وايام النحر ثلاثة وايام التشريق ثلاثة
والكل يمضي باربعة اولها نحر لا غير واخرها تشريق لا غير والمتوسطان نحر وتشريق والتضحية
فيها افضل من التصدق بثمن الاضحية لانها تقع واجبة او سنة والتصدق تطوع محض
فتفضل عليه ولانه يفوت بفواتها والصدقة يؤتى بها في الاوقات كلها فنزلت
منزلة الطواف والصلاة في حق الافاقي ولو لم يضح حتى مضت ايام النحر ان كان اوجب على
نفسه او كان فقيرا تصدق بها حية وان كان غنيا تصدق بقيمة شاة اشترى او لم يشتر
لانها واجبة على الغني وتجب على الفقير بالشراء بنية التضحية عندنا فاذا فات الوقت وجب عليه التصدق
اخراجا له عن العهدة كالجمعة تقضى بعد فواتها ظهرا والصوم بعد العجز فدية قال ولا يضحى
بالعمياء والعوراء والعرجاء التي لا تمشي الى المنسك ولا العجفاء لقوله عليه السلام لا تجزي
في الضحايا اربعة العوراء البين عورها والعرجاء البين عرجها والمريضة البين مرضها
والعجفاء التي لا تنقي قال ولا تجزي مقطوعة الاذن والذنب اما الاذن فلقوله
عليه السلام استشرفوا العين والاذن اي اطلبوا سلامتهما واما الذنب فلانه
عضو كامل مقصود فصار كالاذن قال ولا التي ذهب اكثر اذنها وذنبها وان
بقي الاكثر من الاذن والذنب جاز لان للاكثر حكم الكل بقاء وذهابا ولان العيب اليسير
لا يمكن التحرز عنه فجعل عفوا واختلفت الرواية عن ابي حنيفة في مقدار الاكثر ففي الجامع الصغير
عنه وان قطع من الذنب او الاذن او العين او الالية الثلث او اقل اجزاه وان كان اكثر
لم يجز لان الثلث تنفذ فيه الوصية من غير رضا الورثة فاعتبر قليلا وفيما زاد لا تنفذ
الا برضاهم فاعتبر كثيرا ويروى عنه الربع لانه يحكى حكاية الكمال على ما مر في الصلوة
ويروى الثلث لقوله عليه السلام في حديث الوصية الثلث والثلث كثير وقال ابو يوسف
ومحمد اذا بقي الاكثر من النصف اجزاه اعتبارا للحقيقة على ما تقدم في الصلوة وهو اختيار
الفقيه في حديث الوصية ابي الليث وقال ابو يوسف اخبرت بقولي ابا حنيفة فقال قولي
هو قولك قيل هو رجوع منه الى قول ابي يوسف وقيل معناه قولي قريب من قولك
وفي كون النصف مانعا روايتان عنهما كما في انكشاف العضو عن ابي يوسف ثم معرفة

المقدار في غير العين متيسر وفي العين يشد العين المعيبة بعد ان لا يعلف الشاة يوما
او يومين ثم يقرب العلف اليها قليلا قليلا فاذا رآه من موضع اعلم على ذلك المكان ثم يشد
عينها الصحيحة وقرب اليها العلف قليلا قليلا حتى اذا رآه من مكان اعلم عليه ثم ينظر الى التفاوت
ما بينهما فان كان ثلثا فالذاهب الثلث وان كان نصفا فالذاهب النصف قال ويجوز ان
يضحي بالجماء وهي التي لا قرن لها لان القرن لا يتعلق به مقصود وكذا مكسورة القرن لما قلنا
والخصي لان لحمه اطيب وقد صح ان النبي عليه السلام ضحى بكبشين املحين موجوءين قال
والثولاء وهي المجنونة والجرباء ان كانت سمينة جاز لان الجرب في الجلد ولا نقصان في اللحم وان
كانت مهزولة لا يجوز لان الجرب في اللحم فانتقص واما الهتماء وهي التي لا اسنان لها فعن ابي
يوسف انه يعتبر في الاسنان الكثرة والقلة وعنه ان بقي ما يمكنه الاعتلاف به اجزاه لحصول
المقصود والسكاء وهي التي لا اذن لها خلقة لا يجوز ان كان هذا لان مقطوع اكثر الاذن
اذا كان لا يجوز فعديم الاذن اولى وهذا الذي ذكرنا اذا كانت هذه العيوب قائمة
وقت الشراء ولو اشتراها سليمة ثم تعيبت بعيب مانع ان كان غنيا عليه غيرها وان كان
فقيرا يجزيه هذه لان الوجوب على الغني بالشرع ابتداء لا بالشراء فلم تتعين به وعلى الفقير
بشرائه بنية الاضحية فتعينت ولا يجب عليه ضمان نقصانه كما في نصاب الزكوة وعن هذا الاصل
قالوا اذا ماتت المشتراة للتضحية على الموسر مكانها اخرى ولا شيء على الفقير ولو ضلت او
سرقت واشترى اخرى ثم ظهرت الاولى في ايام النحر على الموسر ذبح احدهما وعلى الفقير ذبحهما
ولو اضجعها فاضطربت فانكسر رجلها فذبحها اجزاه استحسانا عندنا خلافا لزفر والشافعي
لان حالة الذبح ومقدماته ملحقة بالذبح فكانه حصل به اعتبارا وحكما وكذا لو تعيبت
في هذه الحالة فانفلتت ثم اخذت من فوره وكذا بعد فوره عند محمد خلافا لابي يوسف
لانه حصل بمقدمات الذبح قال والاضحية من الابل والبقر والغنم لانها عرفت شرعا
ولم ينقل التضحية بغيرها من النبي عليه السلام ولا من الصحابة رضي الله عنهم قال ويجزي
من ذلك كله الثني فصاعدا الا الضان فان الجذع منه يجزي لقوله عليه السلام ضحوا
بالثنايا الا ان يعسر على احدكم فليذبح الجذع من الضان وقال عليه السلام نعمت الاضحية
الجذع من الضان قالوا وهذا اذا كانت عظيمة بحيث لو خلط بالثنيان يشتبه على الناظر
من بعيد والجذع من الضان ما تمت له ستة اشهر في مذهب الفقهاء وذكر الزعفراني
انه ابن سبعة اشهر والثني منها ومن المعز ابن سنة ومن البقر ابن سنتين ومن الابل ابن خمس سنين
ويدخل في البقر الجاموس لانه من جنسه والمولود بين الاهلي والوحشي يتبع الام لانها هي
الاصل في التبعية حتى اذا نزا الذئب على الشاة يضحى بالولد قال واذا اشترى سبعة
بقرة ليضحوا بها فمات احدهم قبل النحر وقال الورثة اذبحوها عنه وعنكم اجزاهم وان كا

شريك الستة نصرانيا او رجلا يريد اللحم لم يجز عن واحد منهم ووجهه ان البقرة تجوز عن سبعة
لكن من شرطه ان يكون قصد الكل القربة وان اختلفت جهاتها كالاضحية والقران والمتعة عندنا
لاتحاد المقصود وهو القربة وقد وجد هذا الشرط في الوجه الاول لان التضحية عن الغير عرفت
قربة الا ترى ان النبي عليه السلام ضحى عن امته على ما روينا من قبل ولم يوجد في الوجه الثاني
لان النصراني ليس من اهلها وكذا قصد اللحم ينافيها واذا لم يقع البعض قربة والاراقة لا
تتجزى في حق القربة لم يقع الكل ايضا فامتنع الجواز وهذا الذي ذكرناه استحسان والقياس
ان لا يجوز وهو رواية عن ابي يوسف لانه تبرع بالاتلاف فلا يجوز عن غيره كالاعتاق عن الميت
لكنا نقول القربة قد تقع عن الميت كالتصدق بخلاف الاعتاق لان فيه الزام الولاء على الميت
ولو ذبحوها عن صغير في الورثة او ام ولد جاز لما بينا انه قربة ولو مات واحد منهم فذبحها الباقون
بغير اذن الورثة لا يجزيهم لانه لم يقع بعضها قربة وفيما تقدم وجد الاذن من الورثة فكان
قربة قال ويأكل من لحم الاضحية ويطعم الاغنياء والفقراء ويدخر لقوله عليه السلام
كنت نهيتكم عن اكل لحوم الاضاحي فكلوا منها وادخروا ومتى جاز اكله وهو غني جاز ان
يوكله غنيا ويستحب ان لا ينقص الصدقة عن الثلث لان الجهات ثلاث الاكل والادخار لما روينا
والاطعام لقوله تعالى واطعموا القانع والمعتر فانقسم عليها اثلاثا قال ويتصدق
بجلدها لانه جزء منها او يعمل منه آلة تستعمل في البيت كالنطع والجراب والغربال
ونحوها لان الانتفاع به غير محرم ولا بأس بان يشتري به ما ينتفع بعينه في البيت مع
بقائه استحسانا وذلك مثل ما ذكرنا لان للبدل حكم المبدل ولا يشتري به ما لا ينتفع به
الا بعد استهلاكه كالخل والابازير اعتبارا بالبيع بالدراهم والمعنى فيه انه تصرف
على قصد التمول واللحم بمنزلة الجلد في الصحيح فلو باع الجلد او اللحم بالدراهم او بما لا
ينتفع به الا باستهلاكه تصدق بثمنه لان القربة انتقلت الى بدله وقوله عليه السلام من باع
جلد اضحيته فلا اضحية له يفيد كراهة البيع اما البيع فجائز لقيام الملك والقدرة على التسليم ولا
يعطي اجر الجزار من الاضحية لقوله عليه السلام لعلي رضي الله عنه تصدق بجلالها وخطامها
ولا تعط اجر الجزار منها والنهي عنه نهي عن البيع ايضا لانه في معنى البيع ويكره ان يجز صوف
اضحيته وينتفع به قبل ان يذبحها لانه التزم اقامة القربة بجميع اجزائها بخلاف ما بعد
الذبح لانه اقيمت القربة بها كما في الهدي ويكره ان يحلب لبنها فينتفع به كما في الصوف والا
ان يذبح اضحيته بيده ان كان يحسن الذبح وان كان لا يحسن الذبح فالافضل ان يستعين بغيره
واذا استعان بغيره ينبغي ان يشهدها بنفسه لقوله عليه السلام لفاطمة قومي فاشهدي
اضحيتك فانه يغفر لك باول قطرة من دمها كل ذنب ويكره ان يذبحها الكتابي لانه عمل هو
قربة وهو ليس من اهلها ولو امر فذبح جاز لانه من اهل الذكاة والقربة اقيمت بانابته ونيته بخلاف ما

امر المجوسي لانه ليس من اهل الذكاة فكان افسادا قال واذا غلط رجلان فذبح كل
واحد منهما اضحية الاخر اجزا عنهما استحسانا واصل هذا ان من ذبح اضحية غيره بغير اذنه
لا يحل له ذلك وهو ضامن لقيمتها ولا يجزيه من الاضحية في القياس وهو قول زفر وفي الاستحسان
يجوز ولا ضمان على الذابح وهو قولنا وجه القياس انه ذبح شاة غيره بغير اذنه فيضمن كما
اذا ذبح شاة اشتراها القصاب وجه الاستحسان انها تعينت للذبح لتعينها للاضحية
حتى وجب عليه ان يضحي بها بعينها في ايام النحر ويكره ان يبدل بها غيرها فصار المالك مستعينا
بكل من يكون اهلا للذبح اذنا له دلالة لانها تفوت بمضي هذه الايام وعساه يعجز عن اقامتها
لعوارض فصار كما اذا ذبح شاة شد القصاب رجلها فان قيل يفوته امر مستحب وهو ان
يذبحها بنفسه او يشهدها الذبح فلا يرضى بها قلنا يحصل له مستحبان آخران صيرورته مضحيا
لما عينه وكونه معجلا به فيرتضيه ولعلمائنا رحمهم الله من هذا الجنس مسائل استحسانية
وهي ان من طبخ لحم غيره او طحن حنطته او رفع جرته فانكسرت او حمل على دابته فعطبت كل ذلك
بغير امر المالك يكون ضامنا ولو وضع المالك اللحم في القدر والقدر على الكانون والحطب
تحته او جعل الحنطة في الدورق وربط الدابة عليه او رفع الجرة وامالها الى نفسه او حمل على
دابته فسقط في الطريق فاوقد هو النار فيه او ساق الدابة فطحنها او اعانه على رفع الجرة
فانكسرت فيما بينهما او حمل على دابته ما سقط لا يكون ضامنا في هذه الفصول استحسانا
لوجود الاذن دلالة اذا ثبت هذا فنقول في مسئلة الكتاب ذبح كل واحد منهما اضحية غيره
بغير اذنه صريحا فهي خلافية زفر بعينها ويتاتى فيها القياس والاستحسان كما ذكرنا فياخذ
كل واحد منهما مسلوخه من صاحبه ولا يضمنه لانه وكيله فيما فعل دلالة فان كانا قد اكلا ثم
علما فليحلل كل واحد منهما صاحبه ويجزيهما لانه لو اطعمه في الابتداء يجوز وان كان غنيا فكذا له
ان يحلله في الانتهاء وان تشاحا فلكل واحد منهما ان يضمن صاحبه قيمة لحمه ثم يتصدق بتلك القيمة
لانها بدل عن اللحم فصار كما لو باع اضحيته وهذا لان التضحية لما وقعت من صاحبه كان اللحم له
ومن اتلف لحم اضحية غيره كان الحكم ما ذكرناه ومن غصب شاة فضحى بها ضمن قيمتها وجاز عن
اضحيته لانه ملكها بسابق الغصب بخلاف ما لو اودع شاة فضحى بها لانه يضمنه بالذبح فلم
يثبت الملك له الا بعد الذبح

كتاب الكراهية

قال رضي الله عنه تكلموا في معنى
المكروه والمروي عن محمد نصا ان كل مكروه حرام الا انه لما لم يجد فيه نصا قاطعا لم يطلق
عليه لفظ الحرام وعن ابي حنيفة وابي يوسف انه الى الحرام اقرب وهو يشتمل على فصول منها
فصل في الاكل والشرب قال ابو حنيفة يكره لحوم الاتن والبانها وابوال الابل وقال ابو يوسف ومحمد
لا باس بابوال الابل وتاويل قول ابي يوسف انه لا باس بها للتداوي وقد بينا هذه الجملة
فيما تقدم في الصلاة والذبائح فلا نعيدها واللبن متولد من اللحم فاخذ حكمه قال ولا يجوز الاكل

والشرب والادهان والتطيب في آنية الذهب والفضة للرجال والنساء لقوله عليه السلام
في الذي يشرب من اناء الذهب والفضة انما يجرجر في بطنه نار جهنم واتي ابو هريرة رضي الله عنه بشراب
يشرب في اناء فضة فلم يقبله وقال نهانا عنه رسول الله عليه السلام واذا ثبت هذا في الشرب فكذا في
الادهان ونحوه لانه في معناه ولانه يشبه بزي المشركين وتنعم بتنعم المترفين وقال في الجامع الصغير
يكره ومراده التحريم ويستوي فيه الرجال والنساء لعموم النهي وكذلك الاكل بملعقة الذهب
والفضة والاكتحال بميل الذهب والفضة وكذا ما اشبه ذلك كالمكحلة والمرآة وغيرهما
لما ذكرنا قال ولا باس باستعمال الآنية الرصاص والزجاج والبلور والعقيق وقال الشافعي
يكره لانه في معنى الذهب والفضة في التفاخر به وقلنا ليس كذلك لانه ما كان من عادتهم
التفاخر بغير الذهب والفضة قال ويجوز الشرب في الاناء المفضض عند ابي حنيفة والر
كوب على السرج المفضض والجلوس على الكرسي المفضض والسرير المفضض اذا كان يتقي موضع
الفضة ومعناه يتقي موضع الفم وقيل هذا وموضع اليد في الاخذ وفي السرير والسرج موضع
الجلوس وقال ابو يوسف يكره ذلك وقول محمد يروى مع ابي حنيفة ويروى مع ابي يوسف
وعلى هذا الخلاف الاناء المضبب بالذهب والفضة وكذا الاختلاف في اللجام والركاب
وكذا اذا جعل ذلك في السيف والمسجد وحلقة المرآة وجعل المصحف مذهبا او مفضضا
والثغر اذا كان مفضضا وكذا الثوب فيه كتابة بذهب او فضة على هذا وهذا الاختلاف
فيما يخلص فاما التمويه الذي لا يخلص فلا باس به بالاجماع لهما ان جزء من الاناء مستعمل
جميع الاجزاء فيكره كما اذا استعمل موضع الذهب والفضة ولابي حنيفة ان ذلك تابع
ولا معتبر بالتوابع فلا يكره كالجبة المكفوفة بالحرير والعلم في الثوب ومسمار الذهب
في الفص قال ومن ارسل اجيرا له مجوسيا او خادما فاشترى لحما فقال اشتريته
من يهودي او نصراني او مسلم وسعه اكله لان قول الكافر مقبول في المعاملات لانه
خبر صحيح لصدوره عن عقل ودين يعتقد فيه حرمة الكذب والحاجة ماسة الى قبوله
لكثرة وقوع المعاملات وان كان غير ذلك لم يسعه ان ياكل منه معناه اذا كان ذبيحة
غير الكتابي والمسلم لانه لما قبل قوله في الحل اولى ان يقبل في الحرمة قال ويجوز ان
يقبل في الهدية قول العبد والجارية والصبي لان الهدايا تبعث عادة على ايدي هؤلاء
وكذا لا يمكنهم استصحاب الشهود على الاذن في الضرب في الارض والمبايعة في السوق
فلو لم يقبل قولهم يؤدي الى الحرج وفي الجامع الصغير اذا قالت جارية لرجل بعثني مولاي
اليك هدية وسعه ان ياخذها لانه لا فرق بينهما اذا اخبرت باهداء المولى غيرها او نفسها
لما قلنا قال ويقبل في المعاملات قول الفاسق ولا يقبل في الديانات الا العدل
الفرق ان المعاملات يكثر وجودها فيما بين اجناس الناس فلو شرطنا شرطا زائدا يؤدي

الحج فيقبل قول الواحد فيها عدلا كان او فاسقا كافرا او مسلما عبدا او حرا ذكرا او انثى دفعا
للحرج اما الديانات لا يكثر وقوعها حسب وقوع المعاملات فجاز ان يشترط فيها زيادة شرط
فلا يقبل الا قول المسلم العدل لان الفاسق متهم والكافر لا يلتزم الحكم فليس له ان يلزم
المسلم بخلاف المعاملات لان الكافر لا يمكنه المقام في دارنا الا بالمعاملة ولا يتهيأ له المعاملة
الا بعد قبول قوله فيها فكان فيه ضرورة ولا يقبل قول المستور في ظاهر الرواية وعن ابي
حنيفة انه يقبل قوله فيها جريا على مذهبه انه يجوز القضاء به وفي ظاهر الرواية هو والفاسق
سواء حتى يعتبر فيهما اكبر الرأي قال ويقبل فيها قول العبد والحر والامة اذا كانوا عدولا
لان عند العدالة الصدق راجح والقبول لرجحانه فمن المعاملات ما ذكرناه ومنها التوكيل
ومن الديانات الاخبار بنجاسة الماء حتى اذا اخبره مسلم مرضي لم يتوضأ به ويتيمم ولا يتوضأ
وان اراق الماء ثم تيمم كان احوط ومع العدالة يسقط احتمال الكذب فلا معنى للا
حتياط بالاراقة واما التحري فمجرد ظن ولو كان اكبر رأيه انه كاذب يتوضأ به ولا يتيمم
لترجح جانب الكذب بالتحري وهذا جواب الحكم فاما في الاحتياط يتيمم بعد الوضوء لما
قلنا ومنها الحل والحرمة اذا لم يكن فيه زوال الملك وفيها تفاصيل وتفريعات ذكرناها
في كفاية المنتهى قال ومن دعي الى وليمة او طعام فوجد ثمة لعبا او غناء فلا بأس بان
يقعد ويأكل قال ابو حنيفة ابتليت بهذا مرة وهذا لان اجابة الدعوة سنة قال عليه السلام
من لم يجب الدعوة فقد عصى ابا القاسم فلا يتركها لما اقترنت به من البدعة من غيره كصلاة
الجنازة واجبة الاقامة وان حضرتها نياحة فان قدر على المنع منعهم فان لم يقدر يصبر
وهذا اذا لم يكن مقتدى فان كان ولم يقدر على منعهم يخرج ولا يقعد لان في ذلك شين
الدين وفتح باب المعصية على المسلمين والمحكي عن ابي حنيفة في الكتاب كان قبل ان
يصير مقتدى لقوله تعالى فلا تقعد بعد الذكرى مع القوم الظالمين وهذا كله
بعد الحضور ولو علم قبل الحضور لا يحضر لانه لم يلزمه حق الدعوة بخلاف ما اذا هجم عليه
لانه قد لزمه ودلت المسألة على ان الملاهي كلها حرام حتى التغني بضرب القضيب وكذا
قول ابي حنيفة ابتليت لان الابتلاء بالمحرم يكون **فصل في اللبس** قال ولا يحل
للرجال لبس الحرير ويحل للنساء لان النبي عليه السلام نهى عن لبس الحرير والديباج
وقال انما يلبسه من لا خلاق له في الآخرة وانما حل للنساء لان النبي عليه السلام
~~نهى عن لبس الحرير والديباج لان النبي عليه السلام~~ بحديث آخر وهو ما رواه عدة
من الصحابة رضي الله عنهم منهم علي رضي الله عنه ان النبي عليه السلام خرج وباحدى
يديه حرير وبالاخرى ذهب وقال هذان محرمان على ذكور امتي حلال لاناثهم ويروى
حل لاناثهم الا ان القليل عفو وهو مقدار ثلاثة اصابع او اربع كالاعلام والمكفوف بالحرير

لما روي انه عليه السلام نهى عن لبس الحرير الا موضع اصبعين او ثلاثة او اربعة اراد
الاعلام وعنه عليه السلام انه كان يلبس جبة مكفوفة بالحرير قال ولا بأس بتوسده
والنوم عليه عند ابي حنيفة وقالا يكره وفي الجامع الصغير ذكر قول محمد وحده ولم
يذكر قول ابي يوسف وانما ذكره القدوري وغيره من المشايخ وكذا الاختلاف في
ستر الحرير وتعليقه على الابواب لهما العمومات ولانه من زي الاكاسرة والجبابرة
والتشبه بهم حرام قال عمر رضي الله عنه اياكم وزي الاعاجم وله ما روي انه عليه السلام
جلس على مرفقة حرير وقد كان على بساط عبد الله بن عباس مرفقة من حرير ولان القليل
من الملبوس مباح كالاعلام فكذا القليل من اللبس والاستعمال والجامع كونه نموذجا
على ما عرف قال ولا بأس بلبس الحرير والديباج في الحرب عندهما لما روى الشعبي
انه عليه السلام رخص في لبس الحرير والديباج في الحرب ولان فيه ضرورة فان الخالص
منه ادفع لمعرة السلاح واهيب في عين العدو لبريقه ويكره عند ابي حنيفة لانه لا فصل
فيما رويناه والضرورة اندفعت بالمخلوط وهو الذي لحمته حرير وسداه ابريسم والمحظور
لا يستباح الا لضرورة وما رواه محمول على المخلوط قال ولا بأس بلبس ما سداه حرير
ولحمته غير حرير كالقطن والخز في الحرب وغيره لان الصحابة رضي الله عنهم كانوا يلبسون
الخز والخز مسدى بالحرير ولان الثوب انما يصير ثوبا بالنسج والنسج باللحمة فكانت
المعتبرة دون السدى وقال ابو يوسف اكره ثوب القز يكون بين الفرو والظهارة ولا
ارى بحشو القز بأسا لان الثوب ملبوس والحشو غير ملبوس قال وما كان لحمته
حريرا وسداه غير حرير لا بأس به في الحرب للضرورة ويكره في غيره لانعدامها والاعتبار
للحمة على ما بينا قال ولا يجوز للرجال التحلي بالذهب لما روينا ولا بالفضة لانه
في معناه الا بالخاتم والمنطقة وحلية السيف من الفضة تحقيقا لمعنى النموذج والفضة
اغنت عن الذهب اذ هما من جنس واحد كيف وقد جاء في اباحة ذلك آثار وفي الجامع الصغير
ولا يتختم الا بالفضة وهذا نص على ان التختم بالحجر والحديد والصفر حرام ورأى رسول الله
عليه السلام على رجل خاتم صفر فقال ما لي اجد منك رائحة الاصنام ورأى على آخر خاتم
حديد فقال ما لي ارى عليك حلية اهل النار ومن الناس من اطلق في الحجر الذي يقال له
يشب لانه ليس بحجر اذ ليس له ثقل الحجر واطلاق الجواب في الكتاب يدل على تحريمه والتختم
بالذهب على الرجال حرام لما روينا وعن علي رضي الله عنه ان النبي عليه السلام نهى عن
التختم بالذهب ولان الاصل فيه التحريم والاباحة ضرورة الختم والنموذج وقد اندفعت
بالادنى وهو الفضة والحلقة هي المعتبرة لان قوام الخاتم بها ولا معتبر بالفص حتى يجوز
ان يكون من حجر ويجعل الفص الى باطن كفه بخلاف النسوان لانه تزين في حقهن وانما يتختم
القاضي والسلطان لحاجته الى الختم فاما غيرهما فالافضل ان يترك لعدم الحاجة اليه

ولا باس بمسمار الذهب يجعل في حجر الفص اي في ثقبه لانه تابع كالعلم في الثوب فلا يعد لابسا له
قال ولا تشد الاسنان بالذهب وتشد بالفضة وهذا عند ابي حنيفة وقال محمد
لا باس بالذهب ايضا وعن ابي يوسف مثل قول كل منهما لهما ان عرفجة بن اسعد
اصيب انفه يوم الكلاب فاتخذ انفا من فضة فانتن فامره النبي عليه السلام ان يتخذ انفا
من ذهب ولابي حنيفة ان الاصل فيه التحريم والاباحة للضرورة وقد اندفعت بالفضة
وهي الادنى فبقي الذهب على التحريم والضرورة فيما روي لم تندفع في الانف دونه حيث
انتن قال ويكره ان يلبس الذكور من الصبيان الذهب والحرير لان التحريم لما
ثبت في حق الذكور وحرم اللبس حرم الالباس كالخمر لما حرم شربها حرم سقيها قال
ويكره الخرقة التي تحمل ويمسح بها العرق لانه نوع تجبر وتكبر وكذا التي يمسح بها الوضوء
او يتمخط بها وقيل اذا كان عن حاجة لا يكره وهو الصحيح وانما يكره اذا كان عن تكبر
وصار كالتربع في الجلوس ولا باس بان يربط الرجل في اصبعه او خاتمه الخيط للحاجة
ويسمى ذلك الرتم والرتيمة وكان ذلك من عادة العرب قال قائلهم لا ينفعك
اليوم ان همت بهم كثرة ما توصي وتعقاد الرتم وقد روي ان النبي عليه السلام
امر بعض اصحابه بذلك ولانه ليس بعبث لانه قد يبدو منها عادة لما فيه من الغرض الصحيح
ولانه وهو التذكر عند النسيان

فصل في الوطي والنظر والمس

قال ولا يجوز
ان ينظر الرجل من الاجنبية الا الى وجهها وكفيها لقوله تعالى ولا يبدين زينتهن
الا ما ظهر منها قال علي وابن عباس رضي الله عنهما ما ظهر منها الكحل والخاتم والمراد موضعهما
وهو الوجه والكف كما ان المراد بالزينة المذكورة مواضعها ولان في ابداء الكف
والوجه ضرورة لحاجتها الى المعاملة مع الرجال اخذا واعطاء وغير ذلك وهذا تنصيص
على انه لا يباح النظر الى قدمها وعن ابي حنيفة انه يباح لان فيه بعض الضرورة وعن
ابي يوسف انه يباح النظر الى ذراعها ايضا لانه قد يبدو منها عادة قال فان
كان لا يامن الشهوة لا ينظر الى وجهها الا لحاجة لقوله عليه السلام من نظر الى محاسن
امراة اجنبية عن شهوة صب في عينيه الآنك يوم القيمة فان خاف الشهوة لم ينظر
من غير حاجة تحرزا عن المحرم وقوله لا باس يدل على انه لا يباح اذا شك في الاشتهاء
كما اذا علم او كان اكبر رايه ذلك ولا يحل له ان يمس وجهها ولا كفيها وان كان يامن
الشهوة لقيام المحرم وانعدام الضرورة والبلوى بخلاف النظر لان فيه بلوى
والمحرم قوله عليه السلام من مس كف امراة ليس منها بسبيل وضع على كفه جمر يوم
القيمة وهذا اذا كانت شابة تشتهى اما اذا كانت عجوزا لا تشتهى فلا باس بمصافحتها
ومس يدها لانعدام خوف الفتنة وقد روي ان ابا بكر رضي الله عنه كان يدخل
بعض القبايل التي كان مسترضعا فيهم وكان يصافح العجايز وعبد الله بن الزبير رضي الله عنه

استاجر عجوزا لتمرضه وكانت تغمز رجله وتفلي راسه وكذا اذا كان شيخا يامن على نفسه
وعليها لما قلنا فان كان لا يامن عليها لا يحل مصافحتها لما فيه من التعريض للفتنة والصغيرة
اذا كانت لا تشتهى يباح مسها والنظر اليها لعدم خوف الفتنة قال ويجوز
للقاضي اذا اراد ان يحكم عليها وللشاهد اذا اراد الشهادة عليها النظر الى وجهها
وان خاف ان يشتهي للحاجة الى احياء حقوق الناس بواسطة القضا واداء الشهادة
ولكن ينبغي ان يقصد به اداء الشهادة والحكم عليها لا قضاء الشهوة تحرزا عما يمكنه
التحرز عنه وهو قصد القبيح واما النظر لتحمل الشهادة اذا اشتهى قيل يباح والاصح انه
لا يباح لانه يوجد من لا يشتهي فلا ضرورة بخلاف حالة الاداء ومن اراد ان يتزوج
امراة فلا باس ان ينظر اليها وان علم انه يشتهيها لقوله عليه السلام فيه ابصرها
فانه احرى ان يؤدم بينكما ولان مقصوده اقامة السنة لا قضاء الشهوة ويجوز
للطبيب ان ينظر الى موضع المرض منها للضرورة وينبغي ان يعلم امراة مداواتها
لان نظر الجنس الى الجنس اسهل فان لم يقدروا يستر كل عضو منها سوى موضع المرض
ثم ينظر ويغض بصره ما استطاع لان ما ثبت بالضرورة يتقدر بقدرها وصار
كنظر الخافضة والختان وكذا يجوز للرجل النظر الى موضع الاحتقان من الرجل
لانه مداواة ويجوز للمرض وكذا للهزال الفاحش على ما روي عن ابي يوسف لانه
امارة المرض قال وينظر الرجل من الرجل الى جميع بدنه الا الى ما بين سرته الى
ركبته لقوله عليه السلام عورة الرجل ما بين سرته الى ركبته ويروى ما دون سرته
حتى يجاوز ركبته وبهذا ثبت ان السرة ليست بعورة خلافا لما يقوله ابو عصمة
والشافعي والركبة عورة خلافا لما يقوله الامام ابو بكر محمد بن الفضل الكماري
معتمدا فيها العادة لانه لا معتبر بها مع النص بخلافه وقد روى ابو هريرة عن النبي
عليه السلام انه قال الركبة من العورة وابدى الحسن بن علي رضي الله عنهما سرته
فقبلها ابو هريرة وقال عليه السلام لجرهد بن خويلد الاسلمي وار فخذك اما
علمت ان الفخذ عورة ولان الركبة ملتقى عظم الفخذ والساق فاجتمع المحرم والمبيح
وفي مثله يغلب المحرم وحكم العورة في الركبة اخف منه في الفخذ وفي الفخذ اخف منه
في السوءة حتى ان كاشف الركبة ينكر عليه برفق وكاشف الفخذ يعنف عليه وكاشف
السوءة يؤدب ان لج وما يباح النظر للرجل من الرجل يباح المس لانهما فيما ليس بعورة
سواء قال ويجوز للمراة ان تنظر من الرجل الاجنبي الى ما ينظر الرجل اليه منه اذا
امنت الشهوة لاستواء الرجل والمراة في النظر الى ما ليس بعورة كالثياب والدواب
وفي كتاب الخنثى من الاصل ان نظر المراة الى الرجل الاجنبي بمنزلة نظر الرجل الى محارمه

ولا باس بمسمار الذهب يجعل في حجر الفص اي في ثقبه لانه تابع كالعلم في الثوب فلا يعد لابسا
قال ولا تشد الاسنان بالذهب وتشد بالفضة وهذا عند ابي حنيفة وقال محمد
لا باس بالذهب ايضا وعن ابي يوسف مثل قول كل منهما لهما ان عرفجة بن اسعد
اصيب انفه يوم الكلاب فاتخذ انفا من فضة فانتن فامره النبي عليه السلام ان يتخذه
من ذهب ولابي حنيفة ان الاصل فيه التحريم والاباحة للضرورة وقد اندفعت بالفضة
وهي الادنى فبقي الذهب على التحريم والضرورة فيما روي لم تندفع في الانف دونه حيث
انتن قال ويكره ان يلبس الذكور من الصبيان الذهب والحرير لان التحريم لما
ثبت في حق الذكور وحرم اللبس حرم الالباس كالخمر لما حرم شربها حرم سقيها قال
ويكره الخرقة التي تحمل ويمسح بها العرق لانه نوع تجبر وتكبر وكذا التي يمسح بها الوضوء
او يتمخط بها وقيل اذا كان عن حاجة لا يكره وهو الصحيح وانما يكره اذا كان عن تكبر
وصار كالتربع في الجلوس ولا باس بان يربط الرجل في اصبعه او خاتمه الخيط للحاجة
ويسمى ذلك الرتم والرتيمة وكان ذلك من عادة العرب قال قائلهم لا ينفعنك
اليوم ان همت بهم كثرة ما توصي وتعقاد الرتم وقد روي ان النبي عليه السلام
امر بعض اصحابه بذلك ولانه ليس بعبث لانه قد يفيد ومنها عادة لما فيه من الغرض الصحيح
ولانه وهو التذكر عند النسيان **فصل في الوطي والنظر والمس** قال ولا يجوز
ان ينظر الرجل من الاجنبية الا الى وجهها وكفيها لقوله تعالى ولا يبدين زينتهن
الا ما ظهر منها قال علي وابن عباس رضي الله عنهما ما ظهر منها الكحل والخاتم والمراد موضعهما
وهو الوجه والكف كما ان المراد بالزينة المذكورة مواضعها ولان في ابداء الوجه والكف
ضرورة لحاجتها الى المعاملة مع الرجال اخذا واعطاء وغير ذلك وهذا تنصيص
على انه لا يباح النظر الى قدمها وعن ابي حنيفة انه يباح لان فيه بعض الضرورة وعن
ابي يوسف انه يباح النظر الى ذراعها ايضا لانه قد يبدو منها عادة قال فان
كان لا يامن الشهوة لا ينظر الى وجهها الا لحاجة لقوله عليه السلام من نظر الى محاسن
امراة اجنبية عن شهوة صب في عينيه الآنك يوم القيامة فان خاف الشهوة لم ينظر
من غير حاجة تحرزا عن المحرم وقوله لا يامن يدل على انه لا يباح اذا شك في الاشتهاء
كما اذا علم او كان اكبر رايه ذلك ولا يحل له ان يمس وجهها ولا كفيها وان كان يامن
الشهوة لقيام المحرم وانعدام الضرورة والبلوى بخلاف النظر لان فيه بلوى
والمحرم قوله عليه السلام من مس كف امراة ليس منها بسبيل وضع على كفه جمر يوم
القيامة وهذا اذا كانت شابة تشتهى اما اذا كانت عجوزا لا تشتهى فلا باس بمصافحتها
ومس يدها لانعدام خوف الفتنة وقد روي ان ابا بكر رضي الله عنه كان يدخل
بعض القبائل التي كان مسترضعا فيهم وكان يصافح العجائز وعبد الله بن الزبير رضي الله عنهما

استاجر عجوزا لتمرضه وكانت تغمز رجله وتفلي راسه وكذا اذا كان شيخا يامن على نفسه
وعليها لما قلنا فان كان لا يامن عليها لا يحل مصافحتها لما فيه من تعريضها للفتنة والصغيرة
اذا كانت لا تشتهى يباح مسها والنظر اليها لعدم خوف الفتنة قال ويجوز
للقاضي اذا اراد ان يحكم عليها وللشاهد اذا اراد الشهادة عليها النظر الى وجهها
وان خاف ان يشتهي للحاجة الى احياء حقوق الناس بواسطة القضاء واداء الشهادة
ولكن ينبغي ان يقصد به اداء الشهادة والحكم عليها لا قضاء الشهوة تحرزا عما يمكنه
التحرز عنه وهو قصد القبيح واما النظر لتحمل الشهادة اذا اشتهى قيل يباح والاصح انه
لا يباح لانه يوجد من لا يشتهي فلا ضرورة بخلاف حالة الاداء ومن اراد ان يتزوج
امراة فلا باس ان ينظر اليها وان علم انه يشتهيها لقوله عليه السلام فيه ابصرها
فانه احرى ان يؤدم بينكما ولان مقصوده اقامة السنة لا قضاء الشهوة ويجوز
للطبيب ان ينظر الى موضع المرض منها للضرورة وينبغي ان يعلم امراة مداواتها
لان نظر الجنس الى الجنس اسهل فان لم يقدروا يستر كل عضو منها سوى موضع المرض
ثم ينظر ويغض بصره ما استطاع لان ما ثبت بالضرورة يتقدر بقدرها وصار
كنظر الخافضة والختان وكذا يجوز للرجل النظر الى موضع الاحتقان من الرجل
لانه مداواة ويجوز للمرض وكذا للهزال الفاحش على ما روي عن ابي يوسف لانه
امارة المرض قال وينظر الرجل من الرجل الى جميع بدنه الا الى ما بين سرته الى
ركبته لقوله عليه السلام عورة الرجل ما بين سرته الى ركبته ويروى ما دون سرته
حتى يجاوز ركبته وبهذا ثبت ان السرة ليست بعورة خلافا لما يقوله ابو عصمة
والشافعي والركبة عورة خلافا لما يقوله الامام ابو بكر محمد بن الفضل البخاري
معتمدا فيه العادة لانه لا معتبر بها مع النص بخلافه وقد روى ابو هريرة عن النبي
عليه السلام انه قال الركبة من العورة وابدى الحسن بن علي رضي الله عنهما سرته
فقبلها ابو هريرة وقال عليه السلام لجرهد بن خويلد الاسلمي وار فخذك اما
علمت ان الفخذ عورة ولان الركبة ملتقى عظم الفخذ والساق فاجتمع المحرم والمبيح
وفي مثله يغلب المحرم وحكم العورة في الركبة اخف منه في الفخذ وفي الفخذ اخف منه
في السوءة حتى ان كاشف الركبة ينكر عليه برفق وكاشف الفخذ يعنف عليه وكاشف
السوءة يؤدب ان لج وما يباح النظر للرجل من الرجل يباح المس لانهما فيما ليس بعورة
سواء قال ويجوز للمراة ان تنظر من الرجل الاجنبي الى ما ينظر الرجل اليه منه اذا
امنت الشهوة لاستواء الرجل والمراة في النظر الى ما ليس بعورة كالثياب والدواب
وفي كتاب الخنثى من الاصل ان نظر المراة الى الرجل الاجنبي بمنزلة نظر الرجل الى محارمه

لان النظر الى خلاف الجنس اغلظ فان كان في قلبها شهوة او اكبر رايها انها تشتهي او شكت
في ذلك يستحب لها ان تغض بصرها ولو كان الناظر هو الرجل اليها وهو بهذه الصفة لم ينظر
وهذا اشارة الى التحريم ووجه الفرق ان الشهوة عليهن غالبة وهو كالمتحقق اعتبارا
فاذا اشتهى الرجل كانت الشهوة موجودة في الجانبين ولا كذلك اذا اشتهت المراة لان
الشهوة غير موجودة في جانبه حقيقة واعتبارا فكانت من جانب واحد والمتحقق من الجانبين
في الافضاء الى المحرم اقوى من المتحقق في جانب واحد قال وتنظر المراة من المراة الى ما يجوز
للرجال ان ينظر اليه من الرجل لوجود المجانسة وانعدام الشهوة غالبا كما في نظر الرجل الى الرجل
وكذا الضرورة قد تحققت الى الانكشاف فيما بينهن وعن ابي حنيفة ان نظر المراة الى المراة
كنظر الرجل الى محارمه بخلاف نظرها الى الرجل لان الرجال يحتاجون الى زيادة الانكشاف
للاشتغال بالاعمال الحاجة والاصح قال وينظر الرجل من امته التي تحل له وزوجته الى فرجها
وهذا اطلاق في النظر الى سائر بدنها عن شهوة وغير شهوة والاصل فيه قوله عليه السلام
غض بصرك الا عن امتك وامراتك ولان ما فوق ذلك من المسيس والغشيان مباح فالنظر
اولى الا ان الاولى ان لا ينظر كل واحد منهما الى عورة صاحبه لقوله عليه السلام
اذا اتى احدكم اهله فليستتر ما استطاع ولا يتجردان تجرد العير ولان ذلك يورث النسيان
لورود الاثر وكان ابن عمر رضي الله عنهما يقول الاولى ان ينظر ليكون ابلغ في تحصيل معنى
اللذة قال وينظر الرجل من ذوات محارمه الى الوجه والراس والصدر والساقين
والعضدين ولا ينظر الى ظهرها وبطنها وفخذها والاصل فيه قوله تعالى ولا يبدين زينتهن
الا لبعولتهن والمراد والله اعلم مواضع الزينة وهي ما ذكر في الكتاب ويدخل في ذلك الساعد
والاذن والعنق والقدم لان كل ذلك موضع الزينة بخلاف الظهر والبطن والفخذ لانها
ليست بمواضع الزينة ولان البعض يدخل على البعض من غير استيذان واحتشام والمراة في
بيتها في ثياب مهنتها عادة فلو حرم النظر الى هذه المواضع ادى الى الحرج وكذا الرغبة تقل
للحرمة المؤبدة فقلما تشتهي بخلاف ما وراءها لانها لا تنكشف عادة والمحرم من لا يجوز له مناكحتها
على التابيد بنسب كان او بسبب كالرضاع والمصاهرة لوجود المعنيين فيه
وسواء كانت المصاهرة بنكاح او سفاح في الاصح لما بينا قال ولا باس بان يمس ما
جاز ان ينظر اليه منها لتحقق الحاجة الى ذلك في المسافرة وقلة الشهوة للمحرمية بخلاف وجه
الاجنبية وكفيها حيث لا يباح المس وان ابيح النظر لان الشهوة متكاملة الا اذا كان يخاف
عليها او على نفسه الشهوة فحينئذ لا ينظر ولا يمس لقوله عليه السلام العينان تزنيان وزناهما
النظر واليدان تزنيان وزناهما البطش وحرمة الزنا بذوات المحارم اغلظ فيجتنب ولا
باس بالخلوة والمسافرة بهن لقوله عليه السلام لا تسافر المراة فوق ثلثة ايام ولياليها الا

ومعها زوجها او ذو رحم محرم منها وقوله عليه السلام الا لا يخلون رجل بامراة ليس منها بسبيل فان
ثالثهما الشيطان والمراد اذا لم يكن محرما فان احتاجت الى الاركاب والانزال فلا باس بان يمسها
وراء ثيابها وياخذ ظهرها وبطنها دون ما تحتهما اذا امنا الشهوة فان خافها على نفسه او عليها
تيقنا او ظنا او شكا فليجتنب ذلك بجهده ثم ان امكنها الركوب بنفسها يمتنع عن ذلك اصلا
وان لم يمكنها يتكلف بالثياب كيلا يصيبه حرارة عضوها وان لم يجد الثياب يدفع الشهوة
عن قلبه بقدر الامكان قال وينظر الرجل من مملوكة غيره الى ما يجوز ان ينظر اليه من ذوات
محارمه لانها تخرج لحوائج مولاها وتخدم اضيافه وهي في ثياب مهنتها فصار حالها خارج
البيت في حق الاجانب كحال المراة داخله في حق محارم الاقارب وكان عمر رضي الله عنه اذا
راى جارية متقنعة علاها بالدرة وقال القي عنك الخمار يا دفار اتتشبهين بالحرائر ولا يحل
النظر الى بطنها وظهرها خلافا لما يقوله محمد بن مقاتل انه يباح الا الى ما دون السرة الى
الركبة لانه لا ضرورة كما في المحارم بل اولى لقلة الشهوة فيهن وكمالها في الاماء ولفظة المملوكة
تنتظم المدبرة والمكاتبة وام الولد لتحقق الحاجة والمستسعاة كالمكاتبة عند ابي حنيفة
على ما عرف واما الخلوة بها والمسافرة فقد قيل يباح كما في المحارم وقد قيل لا يباح لعدم
الضرورة وفي الاركاب والانزال اعتبر محمد في الاصل الضرورة فيهن وفي ذوات المحارم
مجرد الحاجة قال ولا باس بان يمس ذلك اذا اراد الشراء وان خاف ان يشتهي كذا ذكر
في المختصر واطلق ايضا في الجامع الصغير ولم يفصل قال مشايخنا رحمهم الله يباح
النظر في هذه الحالة وان اشتهى للضرورة ولا يباح المس اذا اشتهى او كان اكبر رايه ذلك
لانه نوع استمتاع وفي غير حالة الشراء يباح النظر والمس بشرط عدم الشهوة قال واذا
حاضت الامة لم تعرض في ازار واحد ومعناه بلغت وهذا لما بينا ان الظهر والبطن منها
عورة وعن محمد انها اذا كانت تشتهي ويجامع مثلها فهي كالبالغة لا تعرض في ازار واحد لوجود
الاشتهاء قال والخصي في النظر الى الاجنبية كالفحل لقول عائشة رضي الله عنها
الخصاء مثلة فلا يبيح ما كان حراما قبله ولانه فحل يجامع وكذا المجبوب لانه يسحق وينزل
وكذا المخنث في الردي من الافعال لانه فحل فاسق والحاصل انه يؤخذ فيه بمحكم كتاب
الله المنزل فيه والطفل الصغير مستثنى بالنص قال ولا يجوز للمملوك ان ينظر من سيدته
الا الى ما يجوز للاجنبي النظر اليه منها وقال مالك هو كالمحارم وهو احد قولي الشافعي
لقوله تعالى او ما ملكت ايمانهن ولان الحاجة متحققة لدخوله عليها من غير استيذان
ولنا انه فحل غير محرم ولا زوج والشهوة متحققة لجواز النكاح في الجملة والحاجة قاصرة
لانه يعمل خارج البيت والمراد بالنص الاماء قال سعيد بن جبير والحسن وغيرهما لا تغرنكم
سورة النور فانها في الاناث دون الذكور قال ويعزل عن امته بغير اذنها ولا يعزل عن زوجته

الاباق نهاه لانه عليه السلام نهى عن العزل عن الحرة الا باذنها وقال لمولى امة اعزل عنها ان
شئت ولان الوطي حق الحرة قضا للشهوة وتحصيلا للولد ولهذا تخير في الجب والعنة
ولا حق للامة في الوطي فلهذا لا ينقص حق الحرة بغير اذنها ويستبد به المولى ولو كانت تحته
امة غيره فقد ذكرناه في النكاح **فصل في الاستبراء وغيره** قال ومن اشترى جارية
فانه لا يقربها ولا يلمسها ولا يقبلها ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يستبرئها والاصل فيه
قوله عليه السلام في سبايا اوطاس الا لا توطأ الحبالى حتى يضعن حملهن ولا الحبالى حتى
يستبرئن بحيضة افاد وجوب الاستبراء على المولى ودل على السبب في المسبية وهو استحداث
الملك واليد لانه هو الموجود في مورد النص وهذا لان الحكمة فيه التعرف عن براءة الرحم
صيانة للمياه المحترمة عن الاختلاط والانساب عن الاشتباه وذلك عند حقيقة الشغل
بماء محترم وهو ان يكون الولد ثابت النسب ويجب على المشتري لا على البائع لان العلة
الحقيقية ارادة الوطي والمشتري هو الذي يريده دون البائع فيجب عليه غير ان الارادة
امر مبطن فيدار الحكم على دليلها وهو التمكن من الوطي والتمكن انما يثبت بالملك واليد
فانتصب سببا وادير الحكم عليه تيسيرا فكان السبب استحداث ملك الرقبة المؤكد
باليد وتعدى الحكم الى سائر اسباب الملك كالشراء والهبة والوصية والميراث والخلع
والكتابة وغير ذلك وكذلك يجب على المشتري من مال الصبي ومن المرأة والمملوك وممن
لا يحل له وطؤها وكذا اذا كانت المشتراة بكرا لم توطأ لتحقق السبب وادارة الاحكام على
الاسباب دون الحكم لبطونها فيعتبر تحقق السبب عند توهم الشغل وكذا لا يجتزئ
بالحيضة التي حاضتها بعد الشراء وغيره من اسباب الملك قبل القبض ولا بالولادة الحاصلة
بعدها قبل القبض خلافا لابي يوسف لان السبب استحداث الملك واليد والحكم لا يسبق
السبب وكذا لا يجتزئ بالحاصل قبل الاجازة في بيع الفضولي وان كانت في يد المشتري
ولا بالحاصل بعد القبض في الشراء الفاسد قبل ان يشتريها شراء صحيحا لما قلنا
ويجب في جارية للمشتري فيها شقص فاشترى الباقي لان السبب قد تم الان والحكم
يضاف الى تمام العلة ويجتزئ بالحيضة التي حاضتها بعد القبض وهي مجوسية
او مكاتبة بان كاتبها بعد الشراء ثم اسلمت المجوسية او عجزت المكاتبة لوجودها
بعد السبب وهو استحداث الملك واليد اذ هو مقتضى للحل والحرمة لمانع
كما في حالة الحيض ولا يجب الاستبراء اذا رجعت الابقة او ردت المغصوبة والمؤاجرة
او فكت المرهونة لانعدام السبب وهو استحداث الملك واليد وهو سبب متعين فادير
الحكم عليه وجودا وعدما ولها نظائر كثيرة كتبناها في كفاية المنتهى واذا ثبت
وجوب الاستبراء وحرم الوطي حرم الدواعي لافضائها اليه او لاحتمال وقوعها في

فصل في الاستبراء وغيره

غير الملك لانه لو ظهر بها حبل لا يصح دعوة البائع بخلاف المشتراة على ما بينا والاستبراء
في الحامل بوضع الحمل لما روينا وفي ذوات الاشهر بالشهر لانه اقيم في حقهن مقام الحيض كما في
المعتدة واذا حاضت في اثنائه بطل الاستبراء بالايام للقدرة على الاصل قبل حصول
المقصود بالبدل كما في العدة وان ارتفع حيضها تركها حتى اذا تبين انها ليست بحامل
وقع عليها وليس فيه تقدير في ظاهر الرواية وقيل يتبين بشهرين او ثلثة وعن محمد اربعة
اشهر وعشر وعنه شهران وخمسة ايام اعتبارا بعدة الحرة والامة في الوفاة وعن زفر
سنتان وهو رواية عن ابي حنيفة ولا باس بالاحتيال لاسقاط الاستبراء عند ابي يوسف
خلافا لمحمد وقد ذكرنا الوجهين في الشفعة والماخوذ قول ابي يوسف فيما اذا علم ان البائع
لم يقربها في طهرها ذلك وقول محمد فيما اذا قربها والحيلة اذا لم تكن تحت المشتري حرة
ان يتزوجها قبل الشراء ثم يشتريها ولو كانت فالحيلة ان يزوجها البائع قبل الشراء
والمشتري قبل القبض ممن يوثق به ثم يشتريها ويقبضها او يقبضها ثم يطلق الزوج
لان عند وجود السبب وهو استحداث الملك بالقبض اذا لم يكن فرجها حلالا له لا يجب
الاستبراء وان حل بعد ذلك لان المعتبر اوان وجود السبب كما اذا كانت معتدة الغير
قال ولا يقرب المظاهر ولا يلمس ولا يقبل ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يكفر لانه لما
حرم الوطي الى ان يكفر حرم الدواعي للافضاء اليه لان الاصل ان سبب الحرام حرام كما في
الاعتكاف والاحرام وفي المنكوحة اذا وطئت بشبهة بخلاف حالة الحيض والصوم لان
الحيض يمتد شطر عمرها والصوم يمتد شهرا فرضا واكثر العمر نفلا ففي المنع عنها بعض
الحرج ولا كذلك ما عددناها لقصور مددها وقد صح ان النبي عليه السلام كان يقبل
وهو صائم ويضاجع نساءه وهن حيض قال ومن له امتان اختان فقبلهما بشهوة
فانه لا يجامع واحدة منهما ولا يقبلها ولا يمسها بشهوة ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى
يملك فرج الاخرى غيره بملك او نكاح او يعتقها واصل هذا ان الجمع بين الاختين المملوكتين
لا يجوز وطئا لاطلاق قوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين ولا يعارض بقوله تعالى
او ما ملكت ايمانكم لان الترجيح للمحرم وكذا لا يجوز الجمع بينهما في الدواعي لاطلاق
النص بمنزلة الوطي في التحريم على ما مهدناه من قبل فاذا قبلهما فكانه وطئهما فليس له
ان يجامع احديهما ولا ان ياتي بالدواعي فيها فكذا اذا قبلهما وكذا اذا مسهما بشهوة
او نظر الى فرجهما بشهوة لما بينا الا ان يملك فرج الاخرى غيره بملك او نكاح او يعتقها
لانه لما حرم عليه فرجها لم يكن جامعا وقوله بملك اراد به ملك يمين فينتظم التمليك
بسائر اسبابه بيعا وغيره وتمليك الشقص فيه كتمليك الكل لان الوطي يحرم به وكذا
اعتاق البعض من احديهما كاعتاق كلها وكذا الكتابة كالاعتاق في هذا لثبوت حرمة الوطي

بذلك كله ويرهن احديهما واجارتها وتدبيرها لا تحل الاخرى لانها لا تخرج بها عن ملكه
وقوله او نكاح اراد به النكاح الصحيح اما اذا زوج احديهما نكاحا فاسدا لا يباح له
وطي الاخرى الا ان يدخل الزوج بها فيه لانه تجب العدة عليها والعدة كالنكاح الصحيح
في التحريم ولو وطي احديهما حل له وطي الموطوة دون الاخرى لانه يصير جامعا بوطي
الاخرى لا بوطي الموطوة وكل امراتين لا يجوز الجمع بينهما نكاحا فيما ذكرناه بمنزلة الاختين
قال ويكره ان يقبل الرجل فم الرجل او يده او شيئا منه او يعانقه وذكر الطحاوي
ان هذا قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا باس بالتقبيل والمعانقة لما روي ان
النبي عليه السلام عانق جعفرا حين قدم من الحبشة وقبل بين عينيه ولهما ما روي
انه عليه السلام نهى عن المكامعة وهي المعانقة وعن المكاعمة وهي التقبيل وما رواه محمول
على ما قبل التحريم قالوا الخلاف في المعانقة في ازار واحد اما اذا كان عليه قميص او جبة
لا باس بها بالاجماع وهو الصحيح قال ولا باس بالمصافحة لانه هو المتوارث وقال عليه
السلام من صافح اخاه وحرك يده تناثرت ذنوبه **فصل في البيع** ولا باس ببيع السرقين
ويكره بيع العذرة وقال الشافعي لا يجوز بيع السرقين ايضا لانه نجس العين فشابه العذرة
وجلد الميتة قبل الدباغ ولنا انه منتفع به لانه يلقى في الارض لاستكثار الريع
فكان مالا والمال محل البيع بخلاف العذرة لانه لا ينتفع به مخلوطا بالتراب ويجوز بيع
المخلوط هو المروي عن محمد وهو الصحيح وكذا يجوز الانتفاع بالمخلوط لا بغير المخلوط في
الصحيح والمخلوط بمنزلة زيت خالطه النجاسة ومن علم بجارية انها لرجل فراى اخر يبيعها
وقال وكلني صاحبها ببيعها فانه يسعه ان يبتاعها ويطاها لانه اخبر بخبر صحيح لا منازع
له وقول الواحد في المعاملات مقبول على اي وصف كان لما مر من قبل وكذا اذا قال
اشتريتها منه او وهبها لي او تصدق بها علي لما قلنا وهذا اذا كان ثقة وكذا اذا كان
غير ثقة واكبر رايه انه صادق لان عدالة المخبر في المعاملات غير لازمة للحاجة على ما
مر وان كان اكبر رايه انه كاذب لم يسع له ان يتعرض لشيء من ذلك لان اكبر الراي يقام مقام
اليقين وكذا اذا لم يعلم انها لفلان ولكن اخبره صاحب اليد انها لفلان وانه وكله ببيعها
واشتراها منه والمخبر ثقة قبل قوله وان لم يكن ثقة يعتبر اكبر الراي لان اخباره حجة
في حقه وان لم يخبر صاحب اليد بشيء فان كان عرفها للاول لم يشترها حتى يعلم انتقالها
الى ملك الثاني لان يد الاول دليل ملكه وان كان لا يعرف ذلك له ان يشتريها وان
كان ذو اليد فاسقا لان يد الفاسق دليل الملك في حق الفاسق والعدل ولم يعارضه
معارض ولا معتبر باكبر الراي عند وجود دليل الظاهر الا ان يكون مثله لا يملك مثل ذلك
فحينئذ يستحب له ان يتنزه ومع ذلك لو اشتراها يرجى ان يكون في سعة منه لاعتماد

لاعتماده الدليل الشرعي فان كان الذي اتاه بها عبدا او امة لم يقبلها ولم يشترها حتى يسال
لان المملوك لا ملك له فيعلم ان الملك فيه لغيره فان اخبره ان مولاه اذن له وهو ثقة
قبل وان لم يكن ثقة يعتبر اكبر الراي وان لم يكن له راي لم يشترها لقيام الحاجر فلا بد من
دليل ولو ان امراة اخبرها ثقة ان زوجها الغائب عنها مات او طلقها ثلثا او كان غير
ثقة واتاها بكتاب من زوجها بالطلاق ولا تدري انه كتابه ام لا الا ان اكبر رايها انه حق
يعني بعد التحري فلا باس بان تعتد ثم تتزوج لان القاطع طاري ولا منازع وكذا لو
قالت لرجل طلقني زوجي وانقضت عدتي فلا باس ان يتزوجها وكذا اذا قالت المطلقة
الثلث انقضت عدتي وتزوجت بزوج اخر ودخل بي ثم طلقني وانقضت عدتي
فلا باس بان يتزوجها الزوج الاول وكذا لو قالت جارية كنت امة لفلان فاعتقني
لان القاطع طاري ولو اخبرها مخبر ان اصل النكاح كان فاسدا او كان الزوج حين
تزوجها مرتدا او اخاها من الرضاعة لم يقبل قوله حتى يشهد بذلك رجلان او رجل
وامراتان وكذا اذا اخبره مخبر انك تزوجتها وهي مرتدة او اختك من الرضاعة لم يتزوج
باختها واربع سواها حتى يشهد بذلك عدلان لانه اخبر بفساد مقارن والاقدام على
العقد يدل على صحته وانكار فساده فثبت المنازع بالظاهر بخلاف ما اذا كانت
المنكوحة صغيرة فاخبر الزوج انها ارتضعت من امه او اخته حيث يقبل قول الواحد
فيه لان القاطع طاري والاقدام الاول لا يدل على انعدامه فلم يثبت المنازع فافترقا
وعلى هذا الحرف يدور الفرق ولو كانت جارية صغيرة لا تعبر عن نفسها في يد رجل يدعي
انها له فلما كبرت لقيها رجل في بلد اخر فقالت انا حرة الاصل لم يسعه ان يتزوجها
لتحقق المنازع وهو ذو اليد بخلاف ما تقدم قال واذا باع المسلم خمرا واخذ
ثمنها وعليه دين فانه يكره لصاحب الدين ان ياخذ منه وان كان البايع نصرانيا فلا
باس به والفرق ان البيع في الوجه الاول قد بطل لان الخمر ليس بمال متقوم في حق
المسلم فبقي الثمن على ملك المشتري فلا يحل اخذه من البايع وفي الوجه الثاني صح البيع
لانه مال متقوم في حق الذمي فملكه البايع فيحل الاخذ منه قال ويكره الاحتكار
في اقوات الادميين والبهايم اذا كان ذلك في بلد يضر الاحتكار باهله وكذا
التلقي فاما اذا كان لا يضر فلا باس به والاصل فيه قوله عليه السلام الجالب مرزوق
والمحتكر ملعون ولانه تعلق به حق العامة وفي الامتناع عن البيع ابطال حقهم
وتضييق الامر عليهم فيكره اذا كان يضر بهم ذلك بان كانت البلدة صغيرة بخلاف
ما اذا لم يضر بان كان المصر كبيرا لانه حابس ملكه من غير اضرار بغيره وكذلك التلقي
على هذا التفصيل لان النبي عليه السلام نهى عن تلقي الجلب وعن تلقي الركبان قالوا

هذا اذا لم يلبس المتلقي على التجار سعر البلدة فان لبس فهو مكروه في الوجهين لانه غادر بهم
وتخصيص الاحتكار بالاقوات كالحنطة والشعير والتبن والقت قول ابي حنيفة وقال
ابو يوسف كل ما اضر بالعامة حبسه فهو احتكار وان كان ذهبا او فضة او ثوبا وعن محمد
انه قال لا احتكار في الثياب فابو يوسف رحمه الله كل ما اضر بالعامة حبسه فهو احتكار
اعتبر حقيقة الضرر اذ هو المؤثر في الكراهة وابو حنيفة اعتبر الضرر المعهود المتعارف
ثم المدة اذا قصرت لا يكون احتكارا لعدم الضرر وان طالت يكون احتكارا مكروها
لتحقق الضرر ثم قيل هي مقدرة باربعين يوما لقول النبي عليه السلام من احتكر طعاما
اربعين ليلة فقد برئ من الله وبرئ الله منه وقيل بالشهر لان ما دونه قليل عاجل والشهر
وما فوقه كثير آجل وقد مر في غير موضع ويقع التفاوت في المأثم بين ان يتربص العزة و
بين ان يتربص القحط والعياذ بالله وقيل المدة للمعاقبة في الدنيا اما يأثم وان قلت
المدة والحاصل ان التجارة في الطعام غير محمودة قال ومن احتكر غلة ضيعته او ما جلبه
من بلد اخر فليس بمحتكر اما الاول فلانه خالص حقه لم يتعلق به حق العامة الا ترى ان
له ان لا يزرع فكذا له ان لا يبيع واما الثاني فالمذكور قول ابي حنيفة لان حق العامة
انما يتعلق بما جمع في المصر وجلب الى فنائها وقال ابو يوسف يكره لاطلاق ما روينا وقال
محمد كل ما يجلب منه الى المصر في الغالب فهو بمنزلة فناء المصر يحرم الاحتكار فيه لتعلق حق
العامة به بخلاف ما اذا كان البلد بعيدا لم تجر العادة بالحمل منه الى المصر لانه لم يتعلق
به حق العامة قال ولا ينبغي للسلطان ان يسعر على الناس لقوله عليه السلام
لا تسعروا فان الله هو المسعر القابض الباسط الرازق ولان الثمن حق العاقد فاليه
تقديره فلا ينبغي للامام ان يتعرض لحقه الا اذا تعلق به دفع ضرر العامة على ما نبين
واذا رفع الى القاضي هذا الامر يأمر المحتكر ببيع ما فضل عن قوته وقوت اهله على
اعتبار السعة في ذلك وينهاه عن الاحتكار قال فان رفع اليه مرة اخرى حبسه
وعزره على ما يرى زجرا له ودفعا للضرر عن الناس فان كان ارباب الطعام يتحكمون و
يتعدون عن القيمة تعديا فاحشا وعجز القاضي عن صيانة حقوق المسلمين الا بالتسعير
فحينئذ لا باس به بمشورة من اهل الراي والبصر فاذا فعل ذلك وتعدى رجل عن
ذلك وباع باكثر منه اجازه القاضي وهذا ظاهر عند ابي حنيفة لانه لا يرى الحجر على الحر
وكذا عندهما الا ان يكون الحجر على قوم باعيانهم ومن باع منهم بما قدره الامام صح لانه غير
مكره على البيع وهل يبيع القاضي على المحتكر طعامه من غير رضاه قيل هو على الاختلاف
الذي عرف في بيع مال المديون وقيل يبيع بالاتفاق لان ابا حنيفة يرى الحجر لدفع ضرر عام وهذا
كذلك قال ويكره بيع السلاح في ايام الفتنة معناه ممن يعرف انه من اهل الفتنة

لانه تسبيب الى المعصية وقد بيناه في السير وان كان لا يعرف انه من اهل الفتنة لا باس بذلك
لانه يحتمل ان لا يستعمله في الفتنة فلا يكره بالشك قال ولا باس ببيع العصير
ممن يعلم انه يتخذه خمرا لان المعصية لا تقوم بعينه بل بعد تغيره بخلاف بيع السلاح في
ايام الفتنة لان المعصية تقوم بعينه قال ومن آجر بيتا ليتخذ فيه بيت نار او كنيسة او
بيعة او يباع فيه الخمر بالسواد فلا باس به وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا ينبغي ان يكريه لشيء من ذلك
لانه اعانة على المعصية وله ان الاجارة ترد على منفعة البيت ولهذا تجب الاجرة بمجرد التسليم
ولا معصية فيه وانما المعصية بفعل المستأجر وهو مختار فيه فينقطع نسبته عنه وانما قيده بالسواد
لانهم لا يمكنون من اتخاذ البيع والكنائس واظهار بيع الخمور والخنازير في الامصار
لظهور شعائر الاسلام فيها بخلاف السواد قالوا هذا في سواد الكوفة لان غالب
اهلها اهل الذمة فاما في سوادنا فاعلام الاسلام فيها ظاهرة فلا يمكنون فيها ايضا
وهو الاصح قال ومن حمل لذمي خمرا فانه يطيب له الاجر عند ابي حنيفة وقالا
يكره له ذلك لانه اعانة على المعصية وقد صح ان النبي عليه السلام لعن في الخمر عشرا
حاملها والمحمول اليه وله ان المعصية في شربها وهو فعل فاعل مختار وليس
الشرب من ضرورات الحمل ولا يقصد به والحديث محمول على الحمل المقرون بقصد
المعصية قال ولا باس ببيع بناء بيوت مكة ويكره بيع ارضها وهذا عند ابي
حنيفة وقالا لا باس ببيع ارضها ايضا وهو رواية عن ابي حنيفة لانها مملوكة لهم
لظهور الاختصاص الشرعي بها فصار كالبناء ولابي حنيفة قوله عليه السلام الا ان مكة حرام
لا يباع رباعها ولا تورث ولانها حرة محترمة لانها فناء الكعبة وقد ظهر اثر التعظيم
فيها حتى لا ينفر صيدها ولا يختلى خلاها ولا يعضد شوكها فكذا في حق البيع بخلاف البناء
لانه خالص ملك الباني ويكره اجارتها ايضا لقوله عليه السلام من آجر ارض مكة فكانما
اكل الربوا ولان اراضي مكة تسمى السوائب على عهد رسول الله صلعم من احتاج اليها
سكنها ومن استغنى عنها اسكن غيره ومن وضع درهما عند بقال يأخذ منه ما شاء يكره
له ذلك لانه ملكه قرضا جر به نفعا وهو ان يأخذ منه ما شاء حالا ونهى رسول الله عليه السلام
عن قرض جر نفعا وينبغي ان يودعه ثم يأخذ منه ما شاء جزءا فجزءا لانه وديعة وليس
بقرض حتى لو هلك لا شيء على الآخذ مسائل متفرقة وهو ويكره التعشير والنقط
في المصحف لقول ابن مسعود رضي الله عنه جردوا القرآن ويروى جردوا المصاحف و
في التعشير والنقط ترك التجريد ولان التعشير يخل بحفظ الآي والنقط بحفظ
الاعراب اتكالا عليه فيكره قالوا في زماننا لا بد للعجم من دلالة فترك ذلك اخلال
بالحفظ وهجران القرآن فيكون حسنا قال ولا باس بتحلية المصحف لما فيه من تعظيمه

وصار كنقش المسجد وتزيينه بماء الذهب وقد ذكرناه من قبل قال ولا بأس بأن يدخل أهل
الذمة المسجد الحرام وقال الشافعي رحمه الله يكره ذلك وقال مالك يكره في كل مسجد للشافعي
قوله تعالى إنما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا ولأن الكافر لا يخلو
عن جنابة لأنه لا يغتسل اغتسالا يخرجه عنها والجنب يجنب المسجد وبهذا احتج مالك والتعليل
بالنجاسة عام فينتظم المساجد كلها ولنا ما روي أن النبي عليه السلام أنزل وفد ثقيف
في مسجده وهم كفار ولأن الخبث في اعتقاده فلا يؤدي إلى تلويث المسجد والآية محمولة
على الحضور استيلاء واستعلاء أو طائفين عراة كما كانت عادتهم في الجاهلية قال
ويكره استخدام الخصيان لأن الرغبة في استخدامهم حث الناس على هذا الصنيع وهو مثلة محرمة
قال ولا بأس بخصاء البهائم وإنزاء الحمير على الخيل لأن في الأول منفعة البهيمة والناس
وقد صح أن النبي عليه السلام ركب البغلة فلو كان هذا الفعل حراما لما ركبه لما فيه من فتح بابه قال
ولا بأس بعيادة اليهودي والنصراني لأنه نوع بر في حقهم وما نهينا عن ذلك وقد صح أن النبي
عليه السلام عاد يهوديا مرض بجواره قال ويكره أن يقول الرجل في دعائه أسألك بمعقد العز من عرشك
وللمسألة عبارتان هذه ومقعد العز ولا ريب في كراهية الثانية لأنه من القعود وكذا
الأولى لأنه يوهم تعلق عزه بالعرش وهو محدث والله تعالى بجميع صفاته قديم وعن أبي
يوسف أنه لا بأس به وبه أخذ الفقيه أبو الليث لأنه مأثور عن النبي عليه السلام روي أنه كان
من دعائه اللهم إني أسألك بمعقد العز من عرشك ومنتهى الرحمة من كتابك وباسمك
الأعظم وجدك الأعلى وكلماتك التامة ولكنا نقول هذا خبر واحد فكان الاحتياط في
الامتناع ويكره أن يقول الرجل في دعائه بحق فلان أو بحق أنبيائك ورسلك لأنه
لا حق للمخلوق على الخالق قال ويكره اللعب بالشطرنج والنرد والأربعة عشر وكل
لهو لأنه إن قامر بها فالميسر حرام بالنص وهو اسم لكل قمار وإن لم يقامر فهو عبث ولهو
وقال عليه السلام لهو المؤمن باطل إلا الثلاث تأديبه لفرسه ومناضلته عن قوسه وملاعبته
مع أهله وقال بعض الناس يباح اللعب بالشطرنج لما فيه من تشحيذ الخواطر وتذكية الأ
فهام وهو محكي عن الشافعي ولنا قوله عليه السلام من لعب بالشطرنج والنردشير
فكأنما غمس يده في دم الخنزير ولأنه نوع لعب يصد عن ذكر الله وعن الجمع والجماعات
فيكون حراما لقوله عليه السلام ما ألهاكم عن ذكر الله فهو ميسر ثم إن قامر به تسقط
عدالته وإن لم يقامر لا تسقط لأنه متأول فيه وكره أبو يوسف ومحمد التسليم عليهم
تحذيرا لهم ولم ير أبو حنيفة به بأسا ليشغلهم عما هم فيه قال ولا بأس بقبول
هدية العبد التاجر وإجابة دعوته واستعارة دابته وتكره كسوته الثوب وهديته
الدراهم والدنانير وهذا استحسان وفي القياس كل ذلك باطل لأنه تبرع والعبد

ليس من أهله وجه الاستحسان أنه عليه السلام قبل هدية سلمان رضي الله عنه حين كان عبدا
وقبل هدية بريرة رضي الله عنها وكانت مكاتبة وأجاب رهط من الصحابة دعوة مولى
أبي أسيد وكان عبدا ولأن في هذه الأشياء ضرورة لا يجد التاجر بدا منها ومن ملك
شيئا يملك ما هو من ضروراته ولا ضرورة في الكسوة وإهداء الدراهم فبقي على أصل
القياس قال ومن كان في يده لقيط لا أب له فإنه يجوز قبضه الهبة والصدقة
له وأصل هذا أن التصرف على الصغار أنواع ثلاثة نوع هو من باب الولاية لا يملكه
إلا من هو ولي كالإنكاح والشراء والبيع لأموال القنية لأن الولي هو الذي قام مقامه
بإنابة الشرع ونوع آخر ما كان من ضرورة حال الصغار وهو شراء ما لا بد للصغير منه
وبيعه وإجارة الأظآر وذلك جائز ممن يعوله وينفق عليه كالأخ والعم والأم والملتقط
إذا كان في حجرهم وإذا ملك هو كان هذا النوع فالولي أولى به إلا أنه لا يشترط
في حق الولي أن يكون الصبي في حجره ونوع ثالث ما هو نفع محض كقبول الهبة
والصدقة والقبض فهذا يملكه الملتقط والأخ والعم والصبي بنفسه إذا كان يعقل
لأن اللائق بالحكمة فتح باب مثله نظرا للصبي فيملك بالعقل والولاية والحجر وصار
بمنزلة الإنفاق قال ولا يجوز للملتقط أن يؤجره ويجوز للأم أن تؤجر ابنها
إذا كان في حجرها ولا يجوز للعم لأن الأم تملك إتلاف منافعه باستخدامه ولا كذلك
الملتقط والعم ولو آجر الصبي نفسه لا يجوز لأنه مشوب بالضرر إلا إذا فرغ من العمل
لأن عند ذلك تمحض نفعا فيجب المسمى وهو نظير العبد المحجور يؤاجر نفسه وقد ذكرناه
قال ويكره أن يجعل الرجل في عنق عبده الراية وهو الطوق الحديد الذي يمنعه
من أن يحرك رأسه وهو معتاد بين الظلمة لأنه عقوبة أهل النار فيكره كالإحراق
بالنار ولا يكره أن يقيده لأنه سنة المسلمين في السفهاء وأهل الدعارة فلا يكره في العبد
تحرزا عن إباقه وصيانة لماله قال ولا بأس بالحقنة يريد به التداوي لأن التداوي
مباح بالإجماع وقد ورد بإباحته الحديث ولا فرق بين الرجال والنساء إلا أنه لا ينبغي
أن يستعمل المحرم كالخمر ونحوها لأن الاستشفاء بالمحرم حرام قال ولا بأس برزق القاضي
لأنه عليه السلام بعث عتاب بن أسيد إلى مكة وفرض له وبعث عليا رضي الله عنه
إلى اليمن وفرض له ولأنه محبوس لحق المسلمين فتكون نفقته في مالهم وهو مال
بيت المال وهذا لأن الحبس من أسباب النفقة كما في الوصي والمضارب إذا سافر
بمال المضاربة وهذا فيما يكون كفاية فإن كان شرطا فهو حرام لأنه استئجار على
الطاعة إذ القضاء طاعة بل هو أفضلها ثم القاضي إن كان فقيرا فالأفضل بل
الواجب الأخذ لأنه لا يمكنه إقامة فرض القضاء إلا به إذ الاشتغال بالكسب يقعده عن

مطلب لا بأس برزق القاضي

اقامته وان كان غنيا فالافضل ان يمتنع عما قيل رفقا ببيت المال وقيل الاخذ هو
الاصح صيانة للقضاء عن الهوان ونظرا لمن يولى بعده من المحتاجين لانه اذا انقطع
زمانا لتعذر اعادته ثم تسميته رزقا يدل على انه بقدر الكفاية وقد جرى الرسم باعطائه
في اول السنة لان الخراج يؤخذ في اول السنة وهو يعطى منه وفي زماننا الخراج يؤخذ
في اخر السنة والماخوذ من الخراج خراج السنة الماضية هو الصحيح ولو استوفى رزق
سنة وعزل قبل استكمالها قيل هو على اختلاف معروف في نفقة المراة اذا ماتت
في السنة بعد استعجال النفقة السنة والاصح انه يجب الرد قال ولا باس بان يسافر
الامة وام الولد بغير محرم لان الاجانب في حق الاماء فيما يرجع الى النظر والمس بمنزلة المحارم
على ما ذكرناه من قبل وام الولد امة لقيام الملك فيها وان امتنع بيعها **كتاب احياء
الموات** قال الموات ما لا ينتفع به من الاراضي لانقطاع الماء عنه او لغلبة الماء عليه او ما
اشبه ذلك مما يمنع الزراعة سمي بذلك لبطلان الانتفاع به قال فما كان منها
عاديا لا مالك له او كان مملوكا في الاسلام لا يعرف له مالك بعينه وهو بعيد من القرية
بحيث اذا وقف انسان من اقصى العامر فصاح لا يسمع فيه فهو موات قال رضي الله عنه
هكذا ذكره القدوري ومعنى العادي ما قدم خرابه والمروي عن محمد انه يشترط ان لا يكون
مملوكا لمسلم او ذمي مع انقطاع الارتفاق بها ليكون ميتة مطلقا فاما التي هي مملوكة
لمسلم او ذمي لا تكون مواتا واذا لم يعرف مالكه يكون لجماعة المسلمين ولو ظهر له مالك
يرد عليه ويضمن الزارع نقصانها والبعد عن القرية على ما قال شرطه ابو يوسف لان
الظاهر ان ما يكون قريبا من القرية لا ينقطع ارتفاق اهلها عنه فيدار الحكم عليه ومحمد
اعتبر انقطاع ارتفاق اهل القرية عنها حقيقة وان كان قريبا من القرية كذا ذكره الامام
المعروف بخواهر زاده وشمس الائمة السرخسي اعتمد على ما اختاره ابو يوسف ثم من احياه
باذن الامام ملكه وان احياه بغير اذن الامام لم يملكه عند ابي حنيفة وقالا يملكه لقوله
عليه السلام من احيا ارضا ميتة فهي له ولانه مال مباح سبقت يده اليه فيملكه كما في الحطب
والصيد ولابي حنيفة قوله عليه السلام ليس للمرء الا ما طابت نفس امامه به وما رويناه يحتمل
انه اذن لقوم لا نصب لشرع ولانه مغنوم لوصوله الى يد المسلمين بايجاف الخيل والركاب
فليس لاحد ان يختص به بدون اذن الامام كما في سائر الغنائم ويجب فيه العشر لان ابتداء
توظيف الخراج على المسلم لا يجوز الا اذا سقاه بماء الخراج لانه حينئذ يكون ابقاء الخراج
على اعتبار الماء فلو احياها ثم تركها فزرعها غيره فقد قيل الثاني احق بها لان الاول ملك
استغلالها لا رقبتها فاذا تركها كان الثاني احق بها والاصح ان للاول ان ينزعها من الثاني
لانه ملكها بالاحياء على ما نطق به الحديث اذ الاضافة فيه بلام التمليك وملكه لا يزول

بالترك

ومن احيا ارضا ميتة ثم احاط الاحياء بجوانبها الاربعة من اربعة نفر على التعاقب فعن محمد
ان طريق الاول في الارض الرابعة لتعينها لتطرقه وقصد الرابع ابطال حقه قال ويملكه
الذمي بالاحياء كما يملكه المسلم لان الاحياء سبب الملك الا ان عند ابي حنيفة اذن الامام
من شرطه فيستويان فيه كما في سائر اسباب الملك حتى الاستيلاء على اصلنا ومن حجر ارضا
ولم يعمرها ثلث سنين اخذها الامام ودفعها الى غيره لان الدفع كان الى الاول ليعمرها
فتحصل المنفعة للمسلمين من حيث العشر والخراج فاذا لم يحصل يدفع الى غيره تحصيلا
للمقصود ولان التحجير ليس باحياء ليملكه به لان الاحياء انما هو العمارة والتحجير للاعلام
سمي به لانهم كانوا يعلمونه بوضع الاحجار حوله او يعلمونه لحجر غيرهم عن احيائه فبقي غير مملوك
كما كان هو الصحيح وانما شرط ترك ثلث سنين لقول عمر رضي الله عنه ليس لمتحجر بعد ثلث
سنين حق ولانه اذا اعلمه لا بد من زمان يرجع فيه الى ما يحجره فقدرناه بثلث سنين
لان ما دونها من الساعات والايام والشهور لا تفي بذلك واذا لم يحضر بعد انقضائها
فالظاهر انه تركها قالوا هذا كله ديانة فاما اذا احياها غيره قبل مضي هذه المدة ملكها
لتحقق الاحياء منه دون الاول وصار كالاستيام فانه يكره ولو فعل يجوز العقد ثم التحجير قد
يكون بغير الحجر بان غرز حولها اغصانا يابسة او نقى الارض واحرق ما فيها من الشوك او
حصد ما فيها من الحشيش او الشوك وجعلها حولها وجعل التراب عليها من غير ان يتم المسناة
ليمنع الناس من الدخول او حفر من بئر ذراعا او ذراعين وفي الاخير ورد الخبر ولو كربها و
سقاها فعن محمد انه احياء ولو فعل احدهما يكون تحجيرا ولو حفر انهارها ولم يسقها يكون
تحجيرا وان سقاها مع حفر الانهار كان احياء لوجود الفعلين ولو حوطها او سنمها بحيث
يعصم الماء يكون احياء لانه من جملة البناء وكذا اذا بذرها قال ولا يجوز احياء ما قرب
من العامر ويترك مرعى لاهل القرية ومطرحا لحصائدهم لتحقق حاجتهم اليها حقيقة
او دليلا على ما بيناه فلا يكون مواتا لتعلق حقهم بها بمنزلة الطريق والنهر وعلى هذا
قالوا لا يجوز ان يقطع الامام ما لا غنى للمسلمين عنه كالملح والابار التي يستقي الناس
منها لما ذكرنا قال ومن حفر بئرا في برية فله حريمها ومعناه اذا حفر في ارض موات
باذن الامام عنده او باذنه وبغير اذنه عندهما لان حفر البئر احياء فان كانت للعطن فحريمها
اربعون ذراعا لقوله عليه السلام من حفر بئرا فله مما حولها اربعون ذراعا عطنا لماشيته
ثم قيل الاربعون من كل الجوانب والصحيح انه من كل جانب لان في الاراضي رخوة ويتحول
الماء الى ما حفر دونها وان كانت للناضح فحريمها ستون ذراعا وهذا عندهما وعند ابي حنيفة
اربعون ذراعا لهما قوله عليه السلام حريم العين خمسمائة ذراع وحريم بئر العطن
اربعون ذراعا وحريم بئر الناضح ستون ذراعا ولانه قد يحتاج فيه الى ان يسير دابته
للاستقاء وقد يطول الرشاء وبئر العطن للاستقاء منه بيده فقلت الحاجة فلا بد من
التفاوت وله ما روينا من غير فصل والعام المتفق على قبوله والعمل به اولى عنده من
الخاص المختلف في قبوله والعمل به ولان القياس يابى استحقاق الحريم لان عمله في موضع
الحفر والاستحقاق به ففيما اتفق عليه الحديثان تركناه وفيما تعارضا فيه حفظناه ولا

قد يستقي من العطن بالناضح ومن بئر الناضح باليد فاستوت الحاجة فيهما ويمكنه ان يدير البعير
حول البئر فلا يحتاج الى زيادة مسافة قال وان كانت عينا فحريمها خمسمائة ذراع لما
روينا ولان الحاجة فيه الى زيادة مسافة لان العين تستخرج للزراعة فلا بد من موضع يجري
فيه الماء ومن حوض يجتمع فيه الماء الى المزرعة فلهذا يقدر بالزيادة والتقدير بخمسمائة بالتوقيف
والاصح انه خمسمائة ذراع من كل جانب كما ذكرناه وفي العطن والذراع هي المكسرة وقد بيناه
من قبل وقيل ان التقدير في العين والبئر بما ذكرناه في اراضيهم لصلابتها وفي اراضينا
رخاوة فيزاد كيلا يتحول الماء الى الثاني فيتعطل الاول قال فمن اراد ان يحفر في حريمها
منع منه كيلا يؤدي الى تفويت حقه والاخلال به وهذا لانه بالحفر ملك الحريم ضرورة تمكنه
من الانتفاع به فليس لغيره ان يتصرف في ملكه فان احتفر آخر بئرا في حريم الاولى للاول ان يصلحه
ويكبسه تبرعا ولو اراد ان ياخذ الثاني فيه قيل ياخذه بكبسه لان ازالة جناية حفره به كما في الكناسة
يلقيها في دار غيره فانه يؤخذ برفعها وقيل يضمنه النقصان ثم يكبسه بنفسه كما اذا هدم
جدار غيره وهذا هو الصحيح ذكره في ادب القاضي للخصاف وذكر طريق معرفة النقصان
وما عطب في الاولى فلا ضمان فيه لانه غير متعد ان كان باذن الامام فظاهر وكذا اذا كان بغير
اذنه عندهما والعذر لابي حنيفة ان يجعل الحفر تحجيرا وهو بسبيل منه بغير اذن الامام وان كان
لا يملكه بدونه وما عطب في الثانية ففيه الضمان لانه متعد فيه حيث حفر في ملك غيره
وان حفر الثاني بئرا وراء حريم الاولى فذهب ماء البئر الاول لا شيء عليه
لانه غير متعد في حفرها وللثاني الحريم من الجوانب الثلاثة دون الجانب الاول لسبق ملك
الحافر الاول فيه والقناة لها حريم بقدر ما يصلحها وعن محمد انه بمنزلة البئر في استحقاق الحريم
وقيل هو عندهما وعنده لا حريم له ما لم يظهر الماء على الارض لانه نهر في التحقيق فيعتبر بالنهر
الظاهر قالوا وعند ظهور الماء على الارض بمنزلة عين فوارة فيقدر حريمه بخمسمائة ذراع
والشجرة تغرس في ارض موات لها حريم ايضا حتى لم يكن لغيره ان يغرس شجرا في حريمها لانه يحتاج
الى حريم له يجد فيه ثمره ويضعه فيه وهو مقدر بخمسة اذرع به ورد الحديث قال وما
ترك الفرات او الدجلة وعدل عنه ويجوز عوده اليه لم يجز احياؤه لحاجة العامة الى كونه نهرا وان
كان لا يجوز ان يعود اليه فهو كالموات اذا لم يكن حريما لعامر لانه ليس في ملك احد لان قهر الماء
يدفع قهر غيره وهو اليوم في يد الامام قال ومن كان له نهر في ارض غيره فليس له حريم عند
ابي حنيفة الا ان يقيم بينة على ذلك وقالا له مسناة النهر يمشي عليها ويلقي
عليها طينه قيل هذه المسالة بناء على من احيا نهرا في ارض موات باذن الامام لا يستحق الحريم
عنده وعندهما يستحقه لان النهر لا ينتفع به الا بالحريم لحاجته الى المشي لتسييل الماء ولا يمكنه
عادة في بطن النهر والى القاء الطين ولا يمكنه النقل الى مكان بعيد الا بحرج فيكون له الحريم
اعتبارا بالبئر وله ان القياس ياباه على ما ذكرناه وفي البئر عرفناه بالاثر والحاجة
الى الحريم فيه فوقها اليه في النهر لان الانتفاع بالماء في النهر ممكن بدون الحريم ولا يمكن في
البئر الا بالاستقاء ولا استقاء الا بالحريم فتعين الالحاق ووجه البناء ان باستحقاق
الحريم تثبت اليد عليه اعتبارا تبعا للنهر والقول لصاحب اليد على ما نذكره ان شاء الله
وان كانت مسالة مبتداة فلهما ان الحريم في يد صاحب النهر باستمساكه الماء به ولهذا لا يملك
صاحب الارض نقضه وله انه اشبه بالارض صورة ومعنى اما صورة فلاستوائهما

ومعنى من حيث صلاحيته للغرس والزراعة والظاهر شاهد لمن في يده ما هو اشبه به
كاثنين تنازعا في مصراع باب ليس في يدهما والمصراع الآخر معلق على باب احدهما يقضى
للذي في يده ما هو اشبه بالمتنازع فيه والقضاء في موضع الخلاف قضاء ترك ولا نزاع فيما
به استمساك الماء انما النزاع فيما وراءه مما يصلح للغرس على انه ان كان مستمسكا به ماء نهره
فالآخر دافع به الماء عن ارضه والمانع من نقضه تعلق حق صاحب النهر لا ملكه كالحائط لرجل و
لآخر عليه جذوع لا يتمكن من نقضه وان كان في ملكه وفي الجامع الصغير نهر لرجل الى جنبه
مسناة ولآخر خلف المسناة ارض تلزقها وليست المسناة في يد احدهما فهي لصاحب
الارض عند ابي حنيفة وقالا لصاحب النهر حريما لملقى طينه وغير ذلك وقوله وليست
المسناة في يد احدهما معناه ليس لاحدهما عليه غرس ولا طين ملقى فينكشف بهذا اللفظ
موضع الخلاف اما اذا كان لاحدهما عليه ذلك فصاحب الشغل اولى لانه صاحب يد
ولو كان عليه غرس لا يدرى من غرسه فهو من مواضع الخلاف ايضا وثمرة الاختلاف ان ولاية
الغرس لصاحب الارض عنده وعندهما لصاحب النهر واما القاء الطين فقد قيل انه على
الخلاف وقيل ان لصاحب النهر ذلك ما لم يفحش واما المرور فقد قيل يمنع صاحب النهر
عنده وقيل لا يمنع للضرورة قال الفقيه ابو جعفر آخذ بقوله في الغرس وبقولهما في القاء
الطين ثم عن ابي يوسف ان حريمه مقدار نصف بطن النهر من كل جانب وعن محمد مقدار
بطن النهر من كل جانب وهذا ارفق بالناس
واذا كان لرجل نهر او بئر او قناة فليس له ان يمنع شيئا من الشفة والشفة الشرب لبني آدم
والبهائم اعلم ان المياه انواع منها ماء البحار ولكل واحد من الناس فيها حق الشفة وسقي
الارض حتى ان من اراد ان يكري منها نهرا الى ارضه لم يمنع من ذلك والانتفاع بماء
البحر كالانتفاع بالشمس والقمر والهواء فلا يمنع من الانتفاع به على اي وجه شاء والثاني
ماء الاودية العظام كجيحون وسيحون ودجلة والفرات للناس فيه حق الشفة على
الاطلاق وحق سقي الاراضي بان احيا واحد ارضا ميتا وكرى منه نهرا ليسقيها ان كان
لا يضر بالعامة ولا يكون النهر في ملك احد لانها مباحة في الاصل اذ قهر الماء يدفع قهر غيره
وان كان يضر بالعامة فليس له ذلك لان دفع الضرر عنهم واجب وذلك بان يميل
الماء الى هذا الجانب اذا انكسرت ضفته فتغرق القرى والاراضي وعلى هذا نصب الرحى
عليه لان شق النهر للرحى كشقه للسقي والثالث اذا دخل الماء في المقاسم فحق الشفة
ثابت والاصل فيه قوله عليه السلام الناس شركاء في الثلاث الماء والكلاء والنار وانه
ينتظم الشرب والشرب خص منه الاول وبقي الثاني وهو الشفة ولان البئر ونحوها
ما وضع للاحراز ولا يملك المباح بدونه كالظبي اذا تكنس في ارضه ولان في ابقاء
الشفة ضرورة لان الانسان لا يمكنه استصحاب الماء الى كل مكان وهو محتاج اليه
لنفسه وظهره فلو منع منه افضى الى حرج عظيم وان اراد رجل ان يسقي بذلك ارضا احياها

كان لاهل الشفاه ان يمنعوه عنه اضر بهم او لم يضر لانه حق خاص لهم ولا ضرورة ولانا لو ابحناه
ذلك لانقطعت منفعة الشرب والرابع الماء المحرز في الاواني وانه صار مملوكا له بالاحراز
وانقطع حق غيره عنه كما في الصيد المأخوذ الا انه بقيت فيه شبهة الشركة نظرا الى الدليل
وهو ما روينا حتى لو سرقه انسان في موضع يعز وجوده وهو يساوي نصابا لم يقطع
ولو كان البير او العين او الحوض او النهر في ملك رجل له ان يمنع من يريد الشفة من الدخول
في ملكه اذا كان يجد ماء آخر يقرب من هذا الماء في غير ملك احد وان كان لا يجد يقال للصاحب
النهر اما ان تعطيه الشفة او تتركه ياخذ بنفسه بشرط ان لا يكسر ضفته وهذا عن الطحاوي
وقيل ما قاله صحيح فيما اذا احتفر في ارض مملوكة له اما اذا احتفرها في ارض موات
ليس له ان يمنعه لان الموات كان مشتركا والحفر لاحياء حق مشترك فلا يقطع الشركة في الشفة
ولو منعه عن ذلك وهو يخاف على نفسه وظهره العطش له ان يقاتله بالسلاح لانه قصد
اتلافه بمنع حقه وهو الشفة والماء في البير مباح غير مملوك بخلاف الماء المحرز في الاناء حيث يقاتله
بغير السلاح لانه قد ملكه وكذا الطعام عند اصابة المخمصة وقيل في البير ونحوها الاولى
ان يقاتله بغير سلاح بعصا لانه ارتكب معصية فقام ذلك مقام التعزير والشفة اذا كان
ياتي على الماء كله بان كان جدولا صغيرا وفيما يرد من الابل والمواشي كثرة ينقطع الماء
بشربها قيل لا يمنع منه لان الابل لا ترده في كل وقت فصار كالمياومة وهو سبيل في قسمة
الشرب وقيل له ان يمنع اعتبارا بسقي المزارع والمشاجر والجامع تفويت حقه ولهم
ان ياخذوا الماء منه للوضوء وغسل الثياب في الصحيح لان الامر بالوضوء والغسل
فيه كما قيل يؤدي الى الحرج وهو مدفوع وان اراد ان يسقي شجرا او خضرا في داره حملا
بجراره له ذلك في الاصح لان الناس يتوسعون فيه ويعدون المنع من الدناءة وليس له
ان يسقي ارضه ونخله وشجره من نهر هذا الرجل وبئره وقناته الا باذنه نصا وله
ان يمنع من ذلك لان الماء متى دخل في المقاسم انقطعت شركة الشرب بواحدة لان في
ابقائه قطع شرب صاحبه ولان المسيل حق صاحب النهر والضفة تعلق بها حقه
فلا يمكنه التسييل فيه ولا شق الضفة فان اذن له صاحبه في ذلك او اعاره فلا باس به
لانه حقه فيجري فيه الاباحة كالماء المحرز في انائه **فصل في كري** الانهار
نهر غير مملوك لاحد ولم يدخل ماؤه في المقاسم بعد كالفرات ونحوه ونهر مملوك دخل
ماؤه تحت القسمة الا انه عام ونهر مملوك دخل ماؤه في القسمة وهو خاص والفاصل
بينهما استحقاق الشفعة به وعدمه فالاول كريه على السلطان من بيت مال المسلمين
لان منفعة الكري لهم فتكون مؤنته عليهم ويصرف اليه من مؤنة الخراج والجزية دون
العشر والصدقات لان الثاني للفقراء والاول للنوائب فان لم يكن في بيت المال شيء
فالامام يجبر الناس على كريه احياء للمصلحة العامة اذ هم لا يقيمونها بانفسهم وفي مثله
قال عمر رضي الله عنه لو تركتم لبعتم اولادكم الا انه يخرج له من كان يطيقه ويجعل مؤنته
على المياسير الذين لا يطيقونه بانفسهم واما الثاني فكريه على اهله لا على بيت المال

لان الحق لهم والمنفعة تعود اليهم على الخصوص والخلوص ومن ابى منهم يجبر على كريه دفعا للضرر
العام وهو ضرر بقية الشركاء وضرر الآبي خاص ويقابله عوض فلا يعارض به ولو ارادوا
ان يحصنوه خيفة الانبثاق وفيه ضرر عام كغرق الاراضي وفساد الطرق يجبر الآبي والا
فلا لانه موهوم بخلاف الكري لانه معلوم واما الثالث وهو الخاص من كل وجه فكريه على اهله
لما بيناه ثم قيل يجبر الآبي كما في الثاني وقيل لا يجبر لان كل واحد من الضررين خاص ويمكن
دفعه عنهم بالرجوع على الآبي بما انفقوا فيه اذا كان بامر القاضي فاستوت الجنبتان
بخلاف ما تقدم ولا يجبر لحق الشفة كما اذا امتنعوا جميعا ومؤنة كري النهر المشترك
عليهم من اعلاه فاذا جاوز ارض رجل دفع عنه وهذا عند ابي حنيفة وقالا هي عليهم جميعا
من اوله الى اخره بحصص الشرب والاراضين لان لصاحب الاعلى حقا في الاسفل لا
حتياجه الى تسييل ما فضل من الماء فيه وله ان المقصود من الكري الانتفاع بالسقي
وقد حصل لصاحب الاعلى فلا يلزمه انفاع غيره وليس على صاحب المسيل عمارته كما
اذا جاوز ارضه كما ذكرنا وقيل اذا جاوز فوهة نهره وهو مروي عن محمد والاول اصح لان له
رايا في اتخاذ الفوهة من اعلاه واسفله واذا جاوز الكري ارضه حتى سقطت عنه
مؤنته قيل له ان يفتح الماء ليسقي ارضه لانتهاء الكري في حقه وقيل ليس له ذلك
ما لم يفرغ شركاؤه نفيا لاختصاصه وليس على اهل الشفة من الكري شيء لانهم لا يحصون
ولانهم اتباع **فصل في دعوى الشرب والاختلاف والتصرف فيه** ويصح دعوى الشرب
بغير ارض استحسانا لانه قد يملك بدون الارض ارثا وقد يبيع الارض ويبقى الشرب له
وهو مرغوب فيه فيصح فيه الدعوى واذا كان نهر لرجل يجري في ارض غيره فاراد صاحب
الارض ان لا يجري النهر في ارضه ترك على حاله لانه مستعمل له باجراء مائه فعند الاختلاف
يكون القول قوله فان لم يكن في يده ولم يكن جاريا فعليه البينة ان هذا النهر له
وانه قد كان له مجراه في هذا النهر يسوقه الى ارضه ليسقيها فيقضي له لاثباته بالحجة
ملكا له او حقا مستحقا فيه وعلى هذا المصب في نهر او على سطح او الميزاب او الممشى
في دار غيره فحكم الاختلاف فيها نظيره في الشرب كان النهر بينهم على قدر اراضيهم
لان المقصود الانتفاع بسقيها فيتقدر بقدره بخلاف الطريق لان المقصود التطرق
وهو في الدار الواسعة والضيقة على نمط واحد فان كان الاعلى منهم لا يشرب حتى
يسكر النهر لم يكن له ذلك لما فيه من ابطال حق الباقين ولكنه يشرب بحصته فان تراضوا
على ان يسكر الاعلى النهر حتى يشرب بحصته او اصطلحوا على ان يسكر كل رجل منهم في نوبته
جاز لان الحق لهم الا انه اذا تمكن من ذلك بلوح لا يسكر بما ينكبس به النهر من غير تراض
لكونه اضرارا بهم عليه رحى ماء الا برضا اصحابه لان فيه كسر ضفة النهر وشغل
موضع مشترك بالبناء الا ان يكون رحى لا تضر بالنهر ولا بالماء ويكون موضعها في
ارض صاحبها لانه تصرف في ملك نفسه ولا ضرر في حق غيره ومعنى الضرر ما بيناه
من كسر ضفته وبالماء ان يتغير عن سننه الذي كان يجري عليه والدالية والسانية
نظير الرحى ولا يتخذ عليه جسرا ولا قنطرة بمنزلة طريق خاص بين قوم بخلاف ما اذا

لواحد نهر خاص يأخذ من نهر خاص بين قوم فاراد ان يقنطر عليه ويستوثق منه له ذلك
او كان مقنطرا او مستوثقا فاراد ان ينقض ذلك ولا يزيد ذلك في اخذ الماء حيث يكون
له ذلك لانه يتصرف في خالص ملكه وضعا ورفعا ولا ضرر بالشركاء باخذ زيادة الماء
ويمنع من ان يوسع فم النهر لانه يكسر ضفة النهر فيزيد على مقدار حقه في اخذ الماء وكذا اذا
كانت القسمة بالكوى وكذا اذا اراد ان يؤخر كواها عن فم النهر فيجعلها في اربعة اذرع منه لاحتباس
الماء فيه فيزداد دخول الماء فيه بخلاف ما اذا اراد ان يسفل كواه او يرفعها حيث يكون له
ذلك في الصحيح لان قسمة الماء في الاصل باعتبار سعة الكوة وضيقها من غير اعتبار
التسفل والترفع وهو العادة فلم يكن فيه تغيير موضع القسمة ولو كانت القسمة وقعت
بالكوى فاراد احدهم ان يقسم بالايام ليس له ذلك لان القديم يترك على قدمه لظهور
الحق فيه ولو كان لكل منهم كوى مسماة في نهر خاص ليس لواحد ان يزيد كوة وان كان لا يضر
باهله لان الشركة خاصة بخلاف ما اذا كانت الكوى في النهر الاعظم لان لكل منهم ان يشق
منه نهرا ابتداء فكان له ان يزيد في الكوى بالطريق الاولى وليس لاحد الشركاء في النهر ان
يسوق شربه الى ارض له اخرى ليس لها في ذلك شرب لانه اذا تقادم العهد يستدل على انه
حق وكذا اذا اراد ان يسوق شربه في ارضه الاولى حتى ينتهي الى هذه الارض الاخرى
لانه يستوفي زيادة على حقه اذ الارض الاولى تنشف بعض الماء قبل ان يسقي الاخرى
وهو نظير طريق مشترك اذا اراد احدهم ان يفتح بابا الى دار اخرى ساكنها غير ساكن
هذه الدار التي مفتحها في هذا الطريق ولو اراد الاعلى من الشركاء في النهر الخاص وفيه
كوى بينهما ان يسكر بعضها دفعا لفيض الماء عن ارضه كيلا ينز ليس له ذلك لما فيه
من الضرر بالاخرين واذا اراد ان يقسم الشرب مناصفة بينهما لان القسمة بالكوى تقدمت
الا ان يتراضيا لان الحق لهما وبعد التراضي لصاحب الاسفل ان ينقض ذلك وكذا
لورثته من بعده لانه اعارة الشرب فان مبادلة الشرب بالشرب باطلة والشرب
مما يورث ويوصى به بالانتفاع بعينه بخلاف البيع والصدقة والهبة والوصية
بذلك حيث لا يجوز العقود اما للجهالة او للغرر او لانه ليس بمال متقوم حتى لا يضمن
اذا سقى من شرب غيره واذا بطلت العقود فالوصية بالباطل باطل وكذا لا يصلح
مسمى في النكاح حتى يجب مهر المثل ولا في الخلع حتى يجب رد ما قبضت من الصداق
لتفاحش الجهالة ولا يصلح بدل الصلح عن الدعوى لانه لا يملك بشيء من العقود
ولا يباع الشرب في دين صاحبه بدون ارض كما في حال حيوته وكيف يصنع الامام
الاصح ان يضم اليه ارض لا شرب لها فيبيعهما باذن صاحبها ثم ينظر الى قيمة الارض مع
الشرب وبدونه فيصرف التفاوت الى قضاء الدين وان لم يجد ذلك اشترى على
تركة الميت ارضا بغير شرب ثم ضم الشرب اليها فباعهما فيصرف الثمن الى ثمن الارض وما فضل
الى قضاء الدين واذا سقى الرجل ارضه او مخرها ماء اي ملاها فسال من مائها في ارض
رجل فغرقها او نزت ارض جاره من هذا الماء لم يكن عليه ضمانها لانه غير متعد فيه

كتاب الاشربة

سميت بها وهي جمع شراب لما فيه من بيان حكمها الاشربة

اربعة الخمر وهو عصير العنب اذا غلا واشتد وقذف بالزبد والعصير اذا طبخ حتى يذهب اقل
من ثلثيه وهو الطلاء المذكور في الجامع الصغير ونقيع التمر وهو السكر ونقيع الزبيب اذا
اشتد وغلا اما الخمر فالكلام فيها في عشرة مواضع احدها في بيان مائيتها وهي النيء من ماء العنب
اذا صار مسكرا وهذا عندنا وهو المعروف عند اهل اللغة واهل العلم وقال بعض الناس
هو اسم لكل مسكر لقوله عليه السلام كل مسكر خمر وقوله عليه السلام الخمر من هاتين الشجرتين واشار
الى الكرمة والنخلة ولانه مشتق من مخامرة العقل وهو موجود في كل مسكر ولنا انه اسم خاص
باطباق اهل اللغة فيما ذكرناه واشتهر استعماله فيه وفي غيره غيره ولان حرمة الخمر قطعية
وهي في غيرها ظنية وانما سمي خمرا لتخمره لا لمخامرة العقل على ان ما ذكرتم لا ينافي كون الاسم خاصا
فيه فان النجم مشتق من الظهور ثم هو اسم خاص للنجم المعروف لا لكل ما ظهر وهذا كثير
النظير والحديث الاول طعن فيه يحيى بن معين رحمه الله والثاني اريد به بيان الحكم اذ هو
اللايق بمنصب الرسالة والثاني في حد ثبوت هذا الاسم وهذا الذي ذكره في الكتاب
قول ابي حنيفة وعندهما اذا اشتد ولا يشترط القذف بالزبد لان الاسم يثبت به
وكذا المعنى المحرم وهو المؤثر في الفساد بالاشتداد ولابي حنيفة ان الغليان بداية الشدة
وكمالها بقذف الزبد وسكونه اذ به يتميز الصافي من الكدر واحكام الشرع قطعية فيناط
بالنهاية كالحد واكفار المستحل وحرمة البيع وقيل يؤخذ في حرمة الشرب بمجرد الاشتداد
احتياطا والثالث ان عينها حرام غير معلول بالسكر ولا موقوف عليه ومن الناس من
انكر حرمة عينها وقالوا ان المسكر منه حرام لان به يحصل الفساد وهو الصد عن ذكر الله تعالى
وهذا كفر لانه جحود الكتاب فانه سماه رجسا والرجس ما هو محرم العين وقد جاءت
السنة متواترة ان النبي عليه السلام حرم الخمر وعليه انعقد اجماع الامة ولان
قليله يدعو الى كثيره وهذا من خواص الخمر ولهذا يزداد لشاربه اللذة بالاستكثار
منه بخلاف سائر المطعومات ثم هو غير معلول عندنا حتى لا يتعدى حكمه الى سائر المسكرات
والشافعي يعديه اليها وهذا بعيد لانه خلاف السنة المشهورة وتعليل لتعدية الاسم و
التعليل في الاحكام لا في الاسماء والرابع انها نجسة نجاسة غليظة كالبول لثبوتها بالدلايل
القطعية على ما بيناه والخامس انه يكفر مستحلها لانكاره الدليل القطعي والسادس
سقوط تقومها في حق المسلم حتى لا يضمن متلفها وغاصبها ولا يجوز بيعها لان الله تعالى لما نجسها
فقد اهانها والتقوم يشعر بعزتها وقال عليه السلام ان الذي حرم شربها حرم بيعها
واكل ثمنها واختلفوا في سقوط ماليتها والاصح انه مال لان الطبع يميل اليها ويضن بها
ومن كان له على مسلم دين فاوفاه ثمن خمر لا يحل له ان ياخذه ولا للمديون ان يؤديه لانه
ثمن بيع باطل وهو غصب في يده او امانة على حسب ما اختلفوا فيه كما في بيع الميتة ولو كان
الدين على ذمي فانه يؤديه من ثمن الخمر والمسلم الطالب يستوفيه لان بيعها فيما بينهم

جايز والسابع حرمة الانتفاع بها لان الانتفاع بالنجس حرام واجب الاجتناب وفي الانتفاع
به اقتراب والثامن انه يحد شاربها وان لم يسكر منها لقوله عليه السلام من شرب
الخمر فاجلدوه فان عاد فاجلدوه فان عاد فاجلدوه فان عاد
فاقتلوه الا ان حكم القتل قد انتسخ فبقي الجلد مشروعا وعليه انعقد اجماع الصحابة
رضي الله عنهم وتقديره ذكرناه في الحدود والتاسع ان الطبخ لا يوثر فيها لانه للمنع
من ثبوت الحرمة لا لرفعها بعد ثبوتها الا انه لا يحد فيه ما لم يسكر منه على ما قالوا
لان الحد بالقليل في النيء خاصة لما ذكرناه وهذا قد طبخ والعاشر جواز تخليلها
وفيه خلاف الشافعي وسنذكره من بعد ان شاء الله هذا هو الكلام في الخمر واما العصير
اذا طبخ حتى يذهب اقل من ثلثيه وهو المطبوخ ادنى طبخة ويسمى الباذق والمنصف
وهو ما ذهب نصفه بالطبخ وكل ذلك حرام عندنا اذا غلا واشتد وقذف
بالزبد او اذا اشتد على الاختلاف وقال الاوزاعي انه مباح وهو قول بعض المعتزلة
لانه مشروب طيب ليس بخمر ولنا انه رقيق ملذ مطرب ولهذا يجتمع عليه الفساق فيحرم
شربه دفعا للفساد المتعلق به واما نقيع التمر وهو السكر وهو النيء من ماء التمر اي
الرطب فهو حرام مكروه وقال شريك بن عبد الله انه مباح لقوله تعالى تتخذون منه
سكرا ورزقا حسنا امتن علينا به وهو بالمحرم لا يتحقق ولنا اجماع الصحابة و
يدل عليه ما رويناه من قبل والاية محمولة على الابتداء وكانت الاشربة مباحة كلها وقيل
اراد به التوبيخ معناه والله اعلم تتخذون منه سكرا وتدعون رزقا حسنا واما نقيع
الزبيب وهو النيء من ماء الزبيب فهو حرام اذا اشتد وغلا ويتاتى فيه خلاف الاوزاعي
وقد بينا المعنى من قبل الا ان حرمة هذه الاشربة دون حرمة الخمر حتى لا يكفر مستحلها
ويكفر مستحل الخمر لان حرمتها اجتهادية وحرمة الخمر قطعية ولا يجب الحد بشربها حتى يسكر
ويجب بشرب قطرة من الخمر ونجاستها خفيفة في رواية وغليظة في اخرى ونجاسة الخمر
غليظة رواية واحدة ويجوز بيعها ويضمن متلفها عند ابي حنيفة خلافا لهما فيهما لانه
مال متقوم وما شهدت دلالة قطعية بسقوط تقومها بخلاف الخمر غير ان عنده يجب
قيمتها لا مثلها على ما عرف ولا ينتفع بها بوجه من الوجوه لانها محرمة وعن ابي يوسف
انه يجوز بيعه اذا كان الذاهب بالطبخ اكثر من النصف ودون الثلثين وقال في الجامع
الصغير وما سوى ذلك من الاشربة فلا باس به قالوا هذا الجواب على العموم والبيان لا
يوجد في غيره وهو نص على ان ما يتخذ من الحنطة والشعير والعسل والذرة حلال عند
ابي حنيفة ولا يحد شاربه عنده وان سكر منه ولا يقع طلاق السكران منه بمنزلة النائم ومن
ذهب عقله بالبنج ولبن الرماك وعن محمد انه حرام ويحد شاربه اذا سكر منه ويقع طلاقه
اذا سكر منه كما في سائر الاشربة المحرمة وقال فيه ايضا وكان ابو يوسف يقول ما كان
من الاشربة يبقى بعد ما يبلغ عشرة ايام ولا يفسد فاني اكرهه ثم رجع الى قول ابي حنيفة
وقوله الاول مثل قول محمد ان كل مسكر حرام الا انه تفرد بهذا الشرط ومعنى قوله

يبلغ

يبلغ ويشتد ومعنى قوله لا يفسد لا يحمض ووجهه ان بقاءه هذه المدة من غير ان يحمض
دليل قوته وشدته فكان اية حرمته ومثل ذلك يروى عن ابن عباس رضي الله عنهما
وابو حنيفة يعتبر حقيقة الشدة على الحد الذي ذكرناه فيما يحرم اصل شربه وفيما يحرم
السكر منه على ما نذكره ان شاء الله وابو يوسف رجع الى قول ابي حنيفة فلم يحرم كل
مسكر ورجع عن هذا الشرط ايضا وقال في المختصر ونبيذ التمر والزبيب اذا طبخ
كل واحد منهما ادنى طبخة حلال وان اشتد اذا شرب منه ما يغلب على ظنه انه لا
يسكره من غير لهو ولا طرب وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد والشافعي حرام
والكلام فيه كالكلام في المثلث العنبي نذكره ان شاء الله ولا باس بالخليطين لما روي عن
ابن زياد انه قال سقاني ابن عمر شربة ما كدت اهتدي الى اهلي فغدوت اليه من الغد فاخبرته
بذلك فقال ما زدناك على عجوة وزبيب وهذا من الخليطين وكان مطبوخا لان
المروي عنه حرمة نقيع الزبيب وهو النيء منه وما روي انه عليه السلام نهى عن الجمع بين
التمر والزبيب والزبيب والرطب والرطب والبسر محمول على حالة الشدة وكان ذلك
في الابتداء قال ونبيذ العسل والتين ونبيذ الحنطة والذرة والشعير حلال
وان لم يطبخ وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف اذا كان من غير لهو وطرب لقوله عليه
السلام الخمر من هاتين الشجرتين واشار الى الكرمة والنخلة خص التحريم بهما والمراد
بيان الحكم ثم قيل يشترط الطبخ فيه لاباحته وقيل لا يشترط وهو المذكور في الكتاب
لان قليله لا يدعو الى كثيره كيف ما كان وهل يحد في المتخذ من الحبوب اذا سكر منه
قيل لا يحد وقد ذكرنا الوجه من قبل قالوا والاصح انه يحد فانه روي عن محمد فيمن
سكر من الاشربة انه يحد من غير تفصيل وهذا لان الفساق يجتمعون عليه في زماننا
اجتماعهم على سائر الاشربة بل فوق ذلك وكذلك المتخذ من الالبان اذا اشتد فهو على
هذا وقيل ان المتخذ من لبن الرماك لا يحل عند ابي حنيفة اعتبارا بلحمه اذ هو متولد
منه قالوا والاصح انه يحل لان كراهة لحمه لما في اباحته من قطع مادة الجهاد او لاحترامه
فلا يتعدى الى لبنه قال وعصير العنب اذا طبخ حتى ذهب ثلثاه وبقي ثلثه حلال
وان اشتد وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد ومالك والشافعي حرام
وهذا الخلاف فيما اذا قصد به التقوي اما اذا قصد به التلهي لا يحل بالاتفاق وعن محمد
مثل قولهما وعنه انه كره ذلك وعنه انه توقف فيه لهم في اثبات الحرمة قوله عليه السلام
كل مسكر خمر وقوله عليه السلام ما اسكر كثيره فقليله حرام ويروى عنه عليه السلام ما اسكر
الجرة منه فالجرعة منه حرام ولان المسكر يفسد العقل فيكون حراما قليله وكثيره
كالخمر ولهما قوله عليه السلام حرمت الخمر لعينها ويروى بعينها
قليلها وكثيرها والسكر من كل شراب خص السكر بالتحريم في غير الخمر اذ العطف
للمغايرة ولان المفسد هو القدح المسكر وهو حرام عندنا وانما يحرم القليل منه
لانه يدعو لرقته ولطافته الى الكثير فاعطي حكمه والمثلث لغلظه لا يدعو وهو

وهو في نفسه غذاء فيبقى على الاباحة والحديث الاول غير ثابت على ما بيناه ثم هو محمول
على القدح الاخير اذ هو المسكر حقيقة والذي يصب عليه الماء بعد ما ذهب ثلثاه
بالطبخ حتى يرق ثم يطبخ طبخة حكمه حكم المثلث لان صب الماء لا يزيده الا ضعفا بخلاف
ما اذا صب الماء على العصير ثم يطبخ حتى يذهب ثلثا الكل لان الماء يذهب اولا للطافته
او يذهب منهما فلا يكون الذاهب ثلثي ماء العنب ولو طبخ العنب كما هو ثم يعصر يكتفى
بادنى طبخة في رواية عن ابي حنيفة وفي رواية عنه لا يحل ما لم يذهب ثلثاه بالطبخ
وهو الاصح لان العصير قائم فيه من غير تغير فصار كما بعد العصير ولو جمع في الطبخ بين
العنب والتمر او بين التمر والزبيب لا يحل حتى يذهب ثلثاه لان التمر ان كان يكتفى فيه بادنى
طبخة فعصير العنب لا بد ان يذهب ثلثاه فيعتبر جانب العنب احتياطا وكذا اذا جمع بين
عصير العنب ونقيع التمر لما قلنا ولو طبخ نقيع التمر والزبيب ادنى طبخة ثم انقع فيه
تمر او زبيب ان كان ما انقع فيه شيئا يسيرا لا يتخذ النبيذ من مثله لا باس به وان
كان يتخذ النبيذ من مثله لم يحل اذا صب في المطبوخ قدح من نقيع والمعنى تغليب
جهة الحرمة ولا حد في شربه لان التحريم للاحتياط وهو في الحد في درئه ولو طبخ الخمر او
غيره بعد الاشتداد حتى يذهب ثلثاه لم يحل لان الحرمة قد تقررت فلا ترتفع
بالطبخ قال ولا باس بالانتباذ في الدبا والحنتم والمزفت لقوله عليه السلام
في حديث فيه طول بعد ذكر هذه الاوعية فاشربوا في كل ظرف فان الظرف لا يحل
شيئا ولا يحرمه ولا تشربوا المسكر وقال ذلك بعد ما اخبر عن النهي عنه فكان ناسخا
له وانما ينتبذ فيه بعد تطهيره فان كان الوعاء عتيقا يغسل ثلاثا فيطهر وان
كان جديدا لا يطهر عند محمد لتشرب الخمر فيه بخلاف العتيق وعند ابي يوسف
يغسل ثلاثا ويجفف في كل مرة وهي مسئلة ما لا ينعصر بالعصر وقيل عند ابي يوسف
يملأ ماء مرة بعد اخرى حتى اذا خرج الماء صافيا غير متغير يحكم بطهارته قال
واذا تخللت الخمر حلت سواء صارت خلا بنفسها او بشيء طرح فيها ولا يكره تخليلها
وقال الشافعي يكره التخليل ولا يحل الخل الحاصل به ان كان التخليل بالقاء
شيء فيه قولا واحدا وان كان بغير القاء شيء فيه فله في الخل الحاصل به قولان له
ان في التخليل اقترابا من الخمر على وجه التمول والامر بالاجتناب ينافيه ولنا قوله
عليه السلام نعم الادام الخل ولان بالتخليل يزول الوصف المفسد وتثبت صفة
الصلاح من حيث تسكين الصفراء وكسر الشهوة والتغذي به والاصلاح مباح
وكذا الصالح للمصالح اعتبارا بالمتخلل بنفسه وبالدباغ والاقتراب لاعدام الفساد
فاشبه الاراقة والتخليل اولى لما فيه من احراز مال يصير حلالا في الثاني فيختاره
من ابتلي به واذا صار الخمر خلا يطهر ما يوازيها من الاناء فاما اعلاه وهو الذي
نقص منه الخمر قيل يطهر تبعا وقيل لا يطهر لانه خمر يابس الا اذا غسل بالخل فيتخلل

من ساعته

من ساعته فيطهر وكذا اذا صب منه الخمر ثم ملئ خلا يطهر في الحال على ما قالوا قال ويكره
شرب دردي الخمر والامتشاط به لان فيه اجزاء الخمر والانتفاع بالمحرم حرام ولهذا
لا يجوز ان يداوى به جرحا او دبرة دابة ولا ان يسقى ذميا ولا صبيا للتداوي والوبال على من سقاه
وكذا لا يسقيها الدواب وقيل لا يحمل الخمر اليها اما اذا قيدت الى الخمر فلا باس به كما في
الكلب والميتة ولو القي الدردي في الخل لا باس به لانه يصير خلا لكن يباح حمل الخل اليه
لا عكسه لما قلنا قال ولا يحد شاربه الا اذا سكر وقال
الشافعي يحد لانه شرب جزءا من الخمر ولنا ان قليله لا يدعو الى كثيره لما في الطباع
من النبوة عنه وكان ناقصا فاشبه غير الخمر من الاشربة ولا حد فيها الا بالسكر ولان
الغالب عليه الثفل فصار كما اذا غلب عليه الماء بالامتزاج ويكره الاحتقان بالخمر و
اقطارها في الاحليل لانه انتفاع بالمحرم ولا يجب الحد لعدم الشرب وهو السبب ولو
جعل الخمر في مرقة لا تؤكل لتنجسها بها ولا حد ما لم يسكر لانه اصابته الطبخ ويكره اكل
خبز عجن عجينه بالخمر لقيام اجزاء الخمر فيه **فصل في طبخ العصير** الاصل ان ما ذهب
بغليانه بالنار وقذفه بالزبد يجعل كأن لم يكن ويعتبر ذهاب ثلثي ما بقي ليحل الثلث
الباقي بيانه عشرة دوارق من عصير طبخ فذهب دورق بالزبد يطبخ الباقي حتى يذهب ستة د
وارق ويبقى الثلث فيحل لان الذي يذهب زبدا هو العصير او ما يمازجه واياما كان
يجعل كأن العصير تسعة فيكون ثلثها ثلاثة واصل هذا ان العصير اذا صب عليه ماء و
قبل الطبخ ثم طبخ بمائه ان كان الماء اسرع ذهابا لرقته ولطافته يطبخ الباقي بعد ما
ذهب مقدار ما صب فيه من الماء حتى يذهب ثلثاه لان الذاهب الاول هو الماء والثاني
العصير فلا بد من ذهاب ثلثي العصير وان كانا يذهبان معا تغلى الجملة حتى يذهب
ثلثاها ويبقى ثلثه فيحل لانه ذهب الثلثان ماء وعصيرا والثلث الباقي ماء وعصير
فصار كما اذا صب الماء فيه بعد ما ذهب من العصير بالغلي ثلثاه بيانه عشرة دوارق
من عصير وعشرون دورقا من ماء ففي الوجه الاول يطبخ حتى يبقى تسع الجملة لانه
ثلث العصير وفي الوجه الثاني حتى يذهب ثلثا الجملة لما قلناه والغلي بدفعة
ودفعات سواء اذا حصل قبل ان يصير محرما ولو قطع عنه النار فغلا حتى ذهب
الثلثان يحل لانه اثر النار واصل اخر ان العصير اذا طبخ فذهب بعضه ثم اهريق بعضه
كم يطبخ البقية حتى يذهب الثلثان فالسبيل فيه ان تأخذ ثلث الجميع فتضربه في
الباقي بعد المنصب ثم تقسمه على ما بقي بعد ذهاب ما ذهب بالطبخ قبل ان ينصب منه
شيء فما يخرج بالقسمة فهو حلال مما بقي بيانه عشرة ارطال عصير طبخ حتى ذهب رطل
ثم اهريق منه ثلاثة ارطال تأخذ ثلث العصير كله وهو ثلاثة وثلث فتضربه فيما بقي بعد

المنصف وهو ستة فيكون عشرين ثم تقسم العشرين على ما بقي بعد ما ذهب بالطبخ
من قبل ان ينصب منه شيء وذلك تسعة فيخرج لكل جزء من ذلك اثنان وتسعون
تعرفنا ان الحلال مما بقي منه رطلان وتسعان وعلى هذا يخرج المسائل ولها طريق آخر
وفيما اكتفينا به كفاية وهداية لمن تخرج عن هذه المسائل

كتاب الصيد

الصيد الاصطياد ويطلق على ما يصاد والفعل مباح لغير المحرم في غير الحرم لقوله تعالى
واذا حللتم فاصطادوا ولقوله عز وجل وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما ولقوله
عليه السلام لعدي بن حاتم الطائي رضي الله عنه اذا ارسلت كلبك المعلم وذكرت
اسم الله عليه فكل وان اكل منه فلا تاكل لانه انما امسك على نفسه وان شارك كلبك
كلب آخر فلا تاكل فانك انما سميت على كلبك ولم تسم على غير كلبك وعلى اباحته انعقد
الاجماع ولانه نوع اكتساب وانتفاع بما هو مخلوق لذلك وفيه استبقاء المكلف
وتمكينه من اقامة التكاليف وكان مباحا بمنزلة الاحتطاب ثم جملة ما يحويه الكتاب
فصلان احدهما في الصيد بالجوارح والثاني في الاصطياد بالرمي

فصل في الجوارح

قال ويجوز الاصطياد بالكلب المعلم والفهد والبازي وسائر الجوارح المعلمة وفي
الجامع الصغير وكل شيء علمته من ذي ناب من السباع وذي مخلب من الطير فلا باس بصيده
ولا خير فيما سوى ذلك الا ان تدرك ذكاته والاصل فيه قوله تعالى وما علمتم من
الجوارح مكلبين والجوارح الكواسب في تاويل والمكلبين المسلطين فيتناول
الكل بعمومه دل عليه ما روينا من حديث عدي واسم الكلب في اللغة يقع على كل
سبع حتى الاسد وعن ابي يوسف انه استثنى من ذلك الاسد والدب لانهما لا يعملان
لغيرهما الاسد لعلو همته والدب لخساسته والحق بهما بعضهم الحدأة لخساسته والخنزير
مستثنى لانه نجس العين فلا يجوز الانتفاع به ثم لا بد من التعليم لان ما تلونا من النص
ينطق باشتراط التعليم والحديث به وبالارسال ولانه انما يصير آلة بالتعليم ليكون
عاملا له فيترسل بارساله ويمسكه عليه قال وتعليم الكلب ان يترك الاكل ثلاث
مرات وتعليم البازي ان يرجع ويجيب اذا دعوته وهو ماثور عن ابن عباس رضي الله
عنهما ولان بدن البازي لا يحتمل الضرب وبدن الكلب يحتمله فيضرب ليتركه ولان
آية التعليم ترك ما هو مالوفه عادة والبازي متوحش متنفر فكانت الاجابة آية
تعليمه والكلب مالوف يعتاد الانتهاب فكان آية تعليمه ترك مالوفه وهو الاكل والاستلاب ثم شرط ترك الاكل ثلاثا وهذا عندهما
وهو رواية عن ابي حنيفة لان فيما دونه مزيد الاحتمال فلعله تركه مرة او مرتين شبعا
فاذا تركه ثلاثا دل على انه صار عادة له وهذا لان الثلاث مدة ضربت للاختبار وابلاء
الاعذار كما في مدة الخيار وفي بعض قصص الاخيار ولان الكثير هو الذي يقع امارة على العلم

دون القليل والجمع هو الكثير وادناه الثلاث فقدرناه بها وعن ابي حنيفة على ما ذكر في الاصل
لا يثبت التعلم ما لم يغلب على ظن الصائد انه معلم ولا يقدره بالثلاث لان المقادير
لا تعرف اجتهادا بل نصا وسماعا ولا سمع فيفوض الى راي المبتلى به كما هو اصله
في جنسها وعلى الرواية الاولى عنده يحل ما اصطاده ثالثا وعندهما لا يحل لانه انما
يصير معلما بعد تمام الثلاث وقبل التعلم غير معلم فكان الثالث صيد كلب
جاهل وصار كالتصرف المباشر في سكوت المولى وله انه آية تعليمه عنده فكان
هذا صيد كلب جارحة معلمة بخلاف تلك المسألة لان الاذن اعلام فلا
يتحقق دون علم العبد وذلك بعد المباشرة قال واذا ارسل كلبه المعلم
او بازيه وذكر اسم الله تعالى عند ارساله فاخذ الصيد وجرحه فمات حل اكله لما روينا
من حديث عدي رضي الله عنه ولان الكلب او البازي آلة والذبح لا يحصل بمجرد الآلة
الا بالاستعمال وذلك فيهما بالارسال فنزل منزلة الرمي وامرار السكين فلا
بد من التسمية عنده ولو تركها ناسيا حل ايضا على ما بيناه وحرمة متروك التسمية
عامدا في الذبائح ولا بد من الجرح في ظاهر الرواية ليتحقق الذكاة الاضطراري
وهو الجرح في اي موضع كان من البدن بانتساب ما وجد من الآلة اليه بالاستعمال
وفي ظاهر قوله تعالى وما علمتم من الجوارح يشير الى اشتراط الجرح اذ هو من الجرح
بمعنى الجراحة في تاويل فيحمل على الجارح الكاسب بنابه ومخلبه ولا تنافي وفيه
اخذ باليقين وعن ابي يوسف انه لا يشترط رجوعا الى التاويل الاول وجوابه ما قلنا
قال فان اكل منه الكلب او الفهد لم يؤكل وان اكل منه البازي اكل والفرق ما بيناه
في دلالة التعليم وهو مؤيد بما رويناه من حديث عدي وهو حجة على مالك وعلى
الشافعي في قوله القديم في اباحة ما اكل الكلب منه ولو انه صاد صيودا ولم ياكل
منها ثم اكل من صيد لا يؤكل هذا الصيد لانه علامة الجهل ولا ما يصيده بعده
حتى يصير معلما على اختلاف الروايات كما بيناها في الابتداء واما الصيود التي
اخذها من قبل فما اكل منها لا تظهر الحرمة فيه لانعدام المحلية وما ليس بمحرز بان كان
في المفازة بعد تثبت الحرمة فيه بالاتفاق وما هو محرز في بيته يحرم عنده خلافا لهما
هما يقولان ان الاكل ليس يدل على الجهل فيما تقدم لان الحرفة قد تنسى ولان فيما احرزه
قد امضى الحكم فيه بالاجتهاد فلا ينقض باجتهاد مثله لان المقصود قد حصل بالاول
بخلاف غير المحرز لانه ما حصل المقصود من كل وجه لبقائه صيدا من وجه لعدم
الاحراز فحرمناه احتياطا وله انه آية جهله من الابتداء لان الحرفة لا تنسى
اصلها فاذا اكل تبين انه كان ترك الاكل للشبع لا للعلم وتبدل الاجتهاد قبل حصول المقصود
لانه بالاكل فصار كتبدل اجتهاد القاضي قبل القضاء ولو ان صقرا فر من صاحبه
فمكث حينا ثم صاد لا يؤكل لانه ترك ما صار به عالما فيحكم بجهله كالكلب اذا اكل من

الصيد ولو شرب الكلب من دم الصيد ولم يأكل منه أكل لأنه ممسك للصيد عليه وهذا من غاية
علمه حيث شرب ما لا يصلح لصاحبه وأمسك عليه ما يصلح له ولو أخذ الصيد من المعلم ثم قطع منه
قطعة وألقاها إليه فأكلها يؤكل ما بقي لأنه لم يبق صيدا فصار كما إذا ألقى إليه طعاما غيره وكذا
إذا وثب الكلب فأخذه منه وأكل منه لأنه ما أكل من الصيد فصار كما إذا افترس شاة في جلده بخلاف ما إذا
فعل ذلك قبل أن يحرزه المالك لأنه بقيت فيه جهة الصيدية ولو نهش الصيد فقطع منه
بضعة فأكلها ثم أدرك الصيد فقتله ولم يأكل منه لم يؤكل لأنه صيد كلب جاهل حيث أكل
من الصيد ولو ألقى ما نهشه واتبع الصيد فقتله ولم يأكل منه وأخذه صاحبه ثم مر بتلك
البضعة فأكلها يؤكل الصيد لأنه لو أكل من نفس الصيد في هذه الحالة لم يضره فإذا أكل ما بان
منه وهو لا يحل لصاحبه أولى بخلاف الوجه الأول لأنه أكل في حالة الاصطياد فكان جاهلا
ممسكا لنفسه ولأن نهش البضعة قد يكون ليأكلها وقد يكون حيلة في الاصطياد ليضعف
بقطع القطعة منه فيدركه فالأكل قبل الأخذ يدل على الوجه الأول وبعده على الوجه الثاني
فلا يدل على جهله قال وإن أدرك المرسل الصيد حيا وجب عليه أن يذكيه وإن
ترك تذكيته حتى مات لم يؤكل وكذا البازي والسهم لأنه قدر على الأصل قبل حصول
المقصود بالبدل إذ المقصود هو الإباحة ولم يثبت قبل موته فبطل حكم البدل وهذا
إذا تمكن من ذبحه أما إذا وقع في يده ولم يتمكن من ذبحه وفيه من الحياة فوق ما يكون في
المذبوح لم يؤكل في ظاهر الرواية وعن أبي حنيفة وأبي يوسف يحل وهو قول الشافعي
لأنه لم يقدر على الأصل فصار كما إذا رأى المتيمم الماء ولا يقدر على الاستعمال ووجه الظاهر
أنه قدر اعتبارا لأنه ثبتت يده على المذبح وهو قائم مقام التمكن من الذبح إذ لا يمكن
اعتباره لأنه لا بد له من مدة والناس يتفاوتون فيها على حسب تفاوتهم في الكياسة والهداية
في أمر الذبح فأدير الحكم على ما ذكرنا بخلاف ما إذا بقي فيه من الحياة مثل ما يبقى في المذبوح
لأنه ميت حكما ألا ترى أنه لو وقع في الماء وهو بهذه الحالة لم يحرم كما إذا وقع وهو ميت
والميت ليس بمذبح وفصل بعضهم فيه تفصيلا وهو أنه إن لم يتمكن لفقد الآلة لا يؤكل
وإن لم يتمكن لضيق الوقت لم يؤكل عندنا خلافا للشافعي لأنه إذا وقع في يده لم يبق صيدا
فبطل حكم ذكاة الاضطرار وهذا إذا كان يتوهم بقاؤه أما إذا شق بطنه وأخرج
ما فيه ثم وقع في يد صاحبه حل لأن ما بقي اضطراب المذبوح فلا يعتبر كما إذا وقعت شاة
في الماء بعدما ذبحت قال رضي الله عنه وقيل هذا قولهما أما عند أبي حنيفة
لا يؤكل أيضا لأنه وقع في يده حيا فلا يحل إلا بذكاة الاختيار ردا إلى المتردية على ما نذكره
إن شاء الله هذا الذي ذكرنا إذا ترك التذكية فلو أنه ذكاه حل أكله عند أبي حنيفة
وكذا المتردية والنطيحة والموقوذة والذي بقر الذئب بطنه وفيه حياة خفية أو بينة

وعليه

وعليه الفتوى لقوله تعالى إلا ما ذكيتم استثناه مطلقا من غير فصل وعند أبي يوسف إذا كان
بحال لا يعيش مثله لا يحل لأنه لم يكن موته بالذبح وقال محمد إن كان يعيش فوق ما يعيش
المذبوح يحل وإلا فلا لأنه لا معتبر بهذه الحياة على ما قررناه ولو أدركه ولم يأخذه فإن
كان في وقت لو أخذه أمكنه ذبحه لم يؤكل لأنه صار في حكم المقدور عليه وإن كان لا يمكنه ذبحه
أكل لأن اليد لم تثبت به والتمكن من الذبح لم يوجد وإن أدركه فذكاه حل لأنه إن كانت فيه
حياة مستقرة فالذكاة وقعت موقعها بالإجماع وإن لم تكن فيه حياة مستقرة فعند أبي
حنيفة الذكاة الذبح على ما ذكرناه وقد وجد وعندهما لا يحتاج إلى الذبح وإذا أرسل كلبه
على صيد وأخذ غيره حل وقال مالك لا يحل لأنه أخذ بغير إرسال إذ الإرسال مختص بالمشار
ولنا أنه شرط غير مفيد لأن مقصوده حصول الصيد إذ لا يقدر على الوفاء به إذ لا
يمكنه تعليمه على وجه يأخذ ما عينه فسقط اعتباره ولو أرسله على صيد كثير وسمى مرة
واحدة حالة الإرسال فلو قتل الكل يحل بهذه التسمية الواحدة لأن الذبح يقع بالإرسال
على ما بيناه ولهذا تشترط التسمية عنده والفعل واحد فيكفيه تسمية واحدة بخلاف
ذبح الشاتين بتسمية واحدة لأن الثاني يصير مذبوحا بفعل غير الأول فلا بد من تسمية
أخرى حتى لو أضجع إحداهما فوق الأخرى وذبحهما دفعة واحدة تحلان بتسمية واحدة
ومن أرسل فهدا فكمن حتى يستمكن ثم أخذ الصيد فقتله يؤكل لأن مكثه ذلك حيلة منه
للصيد لا استراحة فلا يقطع الإرسال وكذا الكلب إذا اعتاد عادته ولو أخذ الكلب صيدا
فقتله ثم أخذ آخر فقتله وقد أرسله صاحبه أكلا جميعا لأن الإرسال قائم لم ينقطع
وهو بمنزلة ما لو رمى سهما إلى صيد فأصابه وأصاب آخر ولو قتل الأول فجثم عليه
طويلا من النهار ثم مر به صيد آخر فقتله لا يؤكل الثاني لانقطاع الإرسال بمكثه إذ
لم يكن ذلك حيلة منه للأخذ وإنما كان استراحة بخلاف ما تقدم ولو أرسل بازيه
المعلم على صيد فوقع على شيء ثم اتبع الصيد فأخذه وقتله فإنه يؤكل وهذا إذا
لم يمكث ساعة للكمين على ما بيناه في الكلب ولو أن بازيا معلما أخذ صيدا فقتله ولا
يدري أرسله إنسان أو لا لا يؤكل لوقوع الشك في الإرسال ولا تثبت الإباحة بدونه
قال وإن خنقه الكلب ولم يجرحه لم يؤكل لأن الجرح شرط على ظاهر الرواية على ما ذكرنا
وهذا يدلك على أنه لا يحل بالكسر وعن أبي حنيفة أنه إذا كسر عضوا فقتله لا بأس بأكله
لأنه جراحة باطنة فهي كالجراحة الظاهرة وجه الأول أن المعتبر جرح ينتهض سببا لإنهار
الدم ولا يحصل ذلك بالكسر فأشبه التخنيق قال وإن شاركه كلب غير معلم أو كلب
مجوسي أو كلب ما لم يذكر اسم الله عليه يريد به عمدا لم يؤكل لما روينا من حديث عدي
ولأنه اجتمع المبيح والمحرم فيغلب جهة الحرمة نصا أو احتياطا ولو رده عليه الكلب الثاني

ولم يجرح معه ومات بجرح الاول يكره اكله لوجود المشاركة في الاخذ وفقدها في الجرح وهذا
بخلاف ما اذا رده المجوسي عليه بنفسه حيث لا يكره لان فعل المجوسي ليس من جنس فعل
الكلب فلا يتحقق المشاركة وتتحقق بين فعلي الكلبين لوجود المجانسة ولو لم يرده الكلب
الثاني على الاول لكنه اشتد على الاول حتى اشتد على الصيد فاخذه وقتله لا باس باكله
لان فعل الثاني اثر في الكلب المرسل دون الصيد حيث ازداد به طلبا فكان تبعا لفعله
لانه بناء عليه فلا يضاف الاخذ الى التبع بخلاف ما اذا كان رده عليه لانه لم يصر تبعا فيضاف
اليهما قال ولو ارسل المسلم كلبه فزجره مجوسي فانزجر بزجره فلا باس بصيده والمراد
بالزجر الاغراء بالصياح عليه وبالانزجار اظهار زيادة الطلب ووجهه ان الفعل يرفع
بما هو فوقه او مثله كما في نسخ الاي والزجر دون الارسال لكونه بناء عليه قال ولو
ارسله مجوسي فزجره مسلم فانزجر لم يؤكل لان الزجر دون الارسال ولهذا لم تثبت به شبهة
الحرمة فاولى ان لا يثبت به الحل وكل من لا يجوز ذكاته فالمرتد والمحرم وتارك التسمية
عمدا فيهما بمنزلة المجوسي وان لم يرسله احد فزجره مسلم فانزجر فاخذ الصيد فلا
باس باكله لان الزجر مثل الانفلات لانه ان كان دونه من حيث انه بناء عليه فهو فوقه
من حيث انه فعل المكلف فاستويا فصلح ناسخا ولو ارسل المسلم كلبه على صيد وسمى فادركه
فضربه ووقذه ثم ضربه فقتله اكل وكذا اذا ارسل كلبين فوقذه احدهما ثم قتله الاخر
اكل لان الامتناع عن الجرح بعد الجرح لا يدخل تحت التعليم فجعل عفوا ولو ارسل رجلان
كل واحد منهما كلبا فوقذه احدهما وقتله الاخر اكل لما بينا والملك للاول لان الاول اخرجه
عن حد الصيدية الا ان الارسال من الثاني حصل على الصيد والمعتبر في الاباحة والحرمة
حالة الارسال فلم يحرم بخلاف ما اذا كان الارسال من الثاني حصل على غير الصيد بعد
الخروج عن الصيدية بجرح الكلب الاول **فصل في الرمي** ومن سمع حسا ظنه حس صيد
فرماه او ارسل كلبا او بازيا عليه فاصاب صيدا ثم تبين انه حس صيد يحل المصاب اي صيد كان
لانه قصد الاصطياد وعن ابي يوسف انه خص من ذلك الخنزير لتغلظ التحريم الا ترى انه
لا يثبت الاباحة في شيء منه بخلاف السباع لانه يؤثر في جلده وروي عنه انه خص منها ما لا يؤكل لان
الارسال فيه ليس للاباحة ووجه الظاهر ان اسم الاصطياد لا يختص بالماكول فوقع الفعل
اصطيادا وهو فعل مباح في نفسه واباحة التناول ترجع الى المحل فتثبت بقدر ما يستحقه
لحما او جلدا وقد لا يثبت اذا لم يقبله واذا وقع اصطيادا صار كما لو رمى الى صيد فاصاب
غيره وان تبين انه حس ادمي او حيوان اهلي شاة او حمار او غيره لا يحل المصاب لان الفعل
ليس باصطياد والطير الداجن الذي ياوي البيوت والظبي الموثق بمنزلته ولو رمى الى طاير
فاصاب صيدا وفر الطاير ولا يدري وحشي هو او غير وحشي حل الصيد لان الظاهر التوحش

ولو

ولو رمى الى بعير فاصاب صيدا ولا يدري ناد هو ام لا لا يحل الصيد لان الاصل فيه الاستيناس
ولو رمى الى سمكة او جرادة فاصاب صيدا يحل في رواية عن ابي يوسف لانه صيد وفي اخرى عنه
لا يحل لانه لا ذكاة فيهما ولو اصاب المسموع حسه وقد ظنه ادميا فاذا هو صيد يحل لانه لا
معتبر بظنه مع تعيينه واذا سمى الرجل عند الرمي اكل ما اصاب اذا جرح السهم فمات لانه ذابح
بالرمي لكون السهم الته فيشترط التسمية عنده وجميع البدن محل لهذا النوع من الذكاة ولا بد من الجرح
ليتحقق معنى الذكاة على ما بيناه قال فان ادركه حيا ذكاه وقد بيناه بوجوهها و
الاختلاف فيها في الفصل الاول فلا نعيده قال واذا وقع السهم بالصيد فتحامل حتى
غاب عنه فلم يزل في طلبه حتى اصابه ميتا اكل وان قعد عن طلبه ثم اصابه ميتا لم يؤكل لما روي عن النبي
عليه السلام انه كره اكل الصيد اذا غاب عن الرامي وقال لعل هوام الارض قتلته ولان
احتمال الموت بسبب اخر قائم فما ينبغي ان يحل اكله لان الموهوم في هذا كالمتحقق لما روينا
الا انا اسقطنا اعتباره ما دام في طلبه ضرورة ان لا يعرى الاصطياد عنه ولا ضرورة اذا
قعد عن طلبه لامكان التحرز عن توار يكون بسبب عمله والذي رويناه حجة على مالك
في قوله ان ما توارى عنه اذا لم يبت يحل فاذا بات ليلة لا يحل ولو وجد به جراحة سوى جراحة
سهمه لا يحل لانه موهوم يمكن الاحتراز عنه فاعتبر محرما بخلاف وهم الهوام والجواب
في ارسال الكلب في هذا كالجواب في الرمي في جميع ما ذكرناه قال واذا رمى صيدا
فوقع في الماء او وقع على سطح او جبل ثم تردى منه الى الارض لم يؤكل لانه المتردية وهو
حرام بالنص ولانه احتمل الموت بغير الرمي اذ الماء مهلك وكذا السقوط من عال يؤيد ذلك
قوله عليه السلام لعدي رضي الله عنه وان وقعت رميتك في الماء فلا تاكل فانك لا تدري
ان الماء قتله او سهمك وان وقع على الارض ابتداء اكل لانه لا يمكن الاحتراز عنه وفي اعتباره
سد باب الاصطياد بخلاف ما تقدم لانه يمكن التحرز عنه فصار الاصل ان سبب الحرمة
والحل اذا اجتمعا وامكن التحرز عما هو سبب الحرمة ترجح جهة الحرمة احتياطا وان كان
مما لا يمكن التحرز عنه جرى وجوده مجرى عدمه لان التكليف بحسب الوسع فمما يمكن
التحرز عنه اذا وقع على شجر او حايط او اجر ثم وقع على الارض او رماه وهو على جبل
فتردى من موضع الى موضع حتى تردى الى الارض او رماه فوقع على رمح منصوب
او قصبة قائمة او على حرف اجرة لاحتمال ان حد هذه الاشياء قتله ومما لا يمكن الاحتراز عنه
اذا وقع على الارض كما ذكرنا او على ما هو في معناه كجبل او ظهر بيت او لبنة موضوعة
او صخرة فاستقر عليها لان وقوعه عليه وعلى الارض سواء وذكر في المنتقى لو وقع على
صخرة فانشق بطنه لم يؤكل لاحتمال الموت بسبب اخر وصححه الحاكم الشهيد رحمه الله
وحمل مطلق المروي في الاصل على غير حالة الانشقاق فانه يؤكل وعلله شمس الائمة السرخسي رحمه الله

على ما اصابه حد الصخرة فانشق بطنه بذلك وحمل المروي في الاصل على انه لم يصبه من الصخرة
الا ما يصيبه من الارض لو وقع عليها وذلك عفو وهذا اصح وان كان الطير مائيا فان كانت
الجراحة لم تنغمس في الماء اكله وان انغمست لا يوكل كما اذا وقع في الماء وما اصاب المعراض بعرضه
لا يوكل لقوله عليه السلام فيه ما اصاب بحده فكل وما اصاب بعرضه فلا تاكل ولانه لا بد من الجرح
ليتحقق معنى الذكوة على ما قدمناه قال ولا يوكل ما اصابته البندقة فمات بها لانها
تدق وتكسر ولا تجرح فصار كالمعراض اذا لم يخزق وكذلك ان رماه بالحجر وكذلك ان جرحه قالوا
تاويله اذا كان ثقيلا وبه حدة يحل لتعين الموت بالجرح ولو كان الحجر خفيفا وجعله طولا
كالسهم وبه حدة فانه يحل لانه يقتله بجرحه ولو رماه بمروة حديدة ولم تبضع بضعا لا يحل
لانه قتله دقا وكذا ان رماه بها فابان راسه او قطع اوداجه لان العروق تنقطع بثقل الحجر
كما تنقطع بالقطع فوقع الشك بياض نسوه نسوه ه
او لعله مات قبل قطع الاوداج ولو رماه بعصا او بعود حتى قتله لا يحل لانه يقتله
ثقلا لا جرحا اللهم اذا كان له حدة يبضع بضعا فحينئذ لا باس به لانه بمنزلة السيف والرمح
والاصل في هذه المسائل ان الموت اذا كان مضافا الى الجرح بيقين كان حلالا وان وقع
الشك ولا يدري مات بالجرح او بالثقل كان حراما احتياطا وان رماه بسيف او سكين
فاصابه بحده فجرحه حل وان اصابه بقفا السكين او بمقبض السيف لا يحل لانه قتله دقا و
الحديد وغيره فيه سواء ولو رماه فجرحه ومات بالجرح ان كان الجراح مدميا فكذلك عند
بعض المتاخرين سواء كانت الجراحة صغيرة او كبيرة لانه لا بد من الادماء ولو ذبح شاة
لان الدم قد يحتبس لضيق المنفذ او غلظ الدم وعند بعضهم يشترط الادماء لقوله عليه السلام
ما انهر الدم وافرى الاوداج فكل شرط الانهار وعند بعضهم ان كانت كبيرة حل بدون الادماء
وان كانت صغيرة لا بد من الادماء ولو ذبح شاة ولم يسل منها الدم قيل لا يحل وقيل
يحل ووجه القولين يدخل فيما ذكرناه قال واذا رمى صيدا فاصاب السهم ظلف الصيد
او قرنه فان ادماه حل والا فلا وهذا يؤيد بعض ما ذكرناه قال واذا رمى صيدا
فقطع عضوا منه اكل الصيد لما بيناه ولا يوكل العضو وقال الشافعي اكلا ان مات
الصيد منه لانه مبان بذكاة الاضطرار فيحل المبان والمبان منه كما اذا ابين الراس بذكاة
الاختيار بخلاف ما اذا لم يمت لانه ما ابين بالذكاة ولنا قوله عليه السلام ما ابين
من الحي فهو ميت ذكر الحي مطلقا فينصرف الى الحي حقيقة وحكما والعضو المبان بهذه
الصفة لان المبان منه حي حقيقة لقيام الحيوة فيه وكذا حكما لانه يتوهم سلامته بعد هذه
الجراحة ولهذا اعتبره الشرع حتى لو وقع في الماء وفيه حيوة بهذه الصفة يحرم وقوله ابين بالذكاة
قلنا حال وقوعه لم يقع ذكوة لبقاء الروح في الباقي وعند زواله لا يظهر في المبان لعدم الحيوة.

ولا

ولا شبهة لزوالها بالانفصال فصار هذا الحرف هو الاصل ان المبان من الحي حقيقة وحكما
لا يحل والمبان من الحي صورة لا حكما يحل وذلك بان يبقى في المبان منه حيوة بقدر ما يكون
في المذبوح فانه حيوة صورة لا حكما ولهذا لو وقع في الماء وبه هذا القدر من الحيوة
او تردى من جبل او سطح لا يحرم فتخرج عليه المسائل فنقول اذا قطع يدا او رجلا او
فخذا او ثلثه مما يلي القوائم او اقل من نصف الراس يحرم المبان ويحل المبان منه لانه
يتوهم بقاء الحيوة في الباقي ولو قده بنصفين او قطعه اثلاثا والاكثر مما يلي العجز
او قطع نصف راسه او اكثر منه يحل المبان والمبان منه لان المبان منه حي صورة
لا حكما اذ لا يتوهم بقاء الحيوة بعد هذا الجرح والحديث وان تناول السمك وما
ابين منه ميت الا انه ميتته حلال بالحديث الذي رويناه ولو ضرب عنق شاة فابان
راسها يحل لقطع الاوداج ويكره هذا الصنيع لابلاغه النخاع وان ضربه من قبل القفا
ان مات قبل قطع الاوداج لا يحل وان لم يمت حتى قطع الاوداج حل ولو ضرب صيدا
فقطع يدا او رجلا ولم يبنه ان كان يتوهم الالتيام والاندمال فاذا مات
حل اكله لانه بمنزلة سائر اجزائه وان كان لا يتوهم بان بقي متعلقا بجلده حل
ما سواه لوجود الابانة معنى والعبرة للمعاني قال ولا يوكل صيد المجوسي والمرتد
والوثني لانهم ليسوا من اهل الذكاة على ما بيناه في الذبائح ولا بد منها في اباحة الصيد
بخلاف النصراني واليهودي لانه من اهل الذكوة اختيارا وكذا اضطرارا ومن رمى صيدا
فاصابه ولم يثخنه ولم يخرجه عن حيز الامتناع فرماه آخر فقتله فهو للثاني لانه
هو الآخذ وقد قال عليه السلام الصيد لمن اخذ وان كان الاول اثخنه فرماه الثاني
فقتله فهو للاول ولم يوكل لاحتمال الموت بالثاني وهو ليس بذكاة للقدرة على
ذكاة الاختيار بخلاف الوجه الاول وهذا اذا كان الاول بحال لا يسلم منه الصيد
بان لا يبقى فيه من الحيوة الا بقدر ما يبقى في المذبوح كما اذا ابان راسه يحل لان
الموت لا يضاف الى الرمي الثاني لان وجوده وعدمه بمنزلة ولن كان الرمي الاول
بحال لا يعيش منه الصيد الا انه يبقى من الحيوة اكثر مما يكون بعد الذبح بان كان
يعيش يوما او دونه فعلى قول ابي يوسف لا يحرم بالرمية الثانية لانه لا عبرة بهذا القدر
من الحيوة عنده على ما عرف من مذهبه فصار الجواب فيه والجواب فيما اذا كان
الاول بحال يسلم منه الصيد سواء ولا يحل قال والثاني ضامن لقيمته
للاول غير ما نقصته جراحته وقيمة المتلف تعتبر يوم الاتلاف وقد اتلفه وهو منقوص
اذا علم ان القتل حصل بالثاني بان كان الاول بحال يجوز ان يسلم الصيد منه
والثاني بحال لا يسلم الصيد منه ليكون القتل كله مضافا الى الثاني وقد قتل حيوانا

مملوكا للاول منقوصا بالجراحة فلا يضمنه كملا كما اذا قتل عبدا مريضا وان علم ان الموت
حصل من الجراحتين ولا يدري قال في الزيادات يضمن الثاني ما نقصته جراحته ثم يضمن
نصف قيمته مجروحا بجراحتين ثم يضمن نصف قيمة لحمه اما الاول فلانه جرح حيوانا
مملوكا للاول لغيره وقد نقصه فيضمن نصف قيمته ما نقصه اولا واما الثاني فلان
الموت حصل بالجراحتين فيكون هو متلفا نصفه وهو مملوك لغيره فيضمن نصف قيمته
مجروحا بجراحتين لان الاولى ما كانت بصنعه والثانية ضمنها مرة فلا يضمنها ثانيا واما
الثالث فلان بالرمية الاولى صار بحال لا يحل به الا بالذكاة لولا رمي الثاني فهذا بالرمي
الثاني افسد عليه نصف اللحم فيضمنه ولا يضمن النصف الاخر لانه ضمنه مرة فدخل ضمان اللحم
وان كان رماه ثانيا فالجواب في حكم الاباحة كالجواب فيما اذا كان الرامي غيره فيصير
كما اذا رمى صيدا على قلة جبل فاثخنه ثم رماه ثانيا فانزله لا يحل لان الثاني محرم كذا هذا
قال ويجوز اصطياد ما يؤكل لحمه من الحيوان وما لا يؤكل لاطلاق ما تلوناه والصيد
لا يختص بماكول اللحم قال قائلهم صيد الملوك ارانب وثعالب واذا ركبت فصيدي الابطال
ولان صيده سبب الانتفاع بجلده او شعره او ريشه او لاستدفاع شره وكل ذلك
مشروع **كتاب الرهن** الرهن لغة حبس الشيء باي سبب كان وفي الشريعة جعل الشيء
محبوسا بحق يمكن استيفاؤه من الرهن كالديون وهو مشروع لقوله تعالى فرهان مقبوضة
ولما روي انه عليه السلام اشترى من يهودي طعاما ورهنه درعه وقد انعقد على ذلك
الاجماع ولانه عقد وثيقة لجانب الاستيفاء فيعتبر بالوثيقة في طرف الوجوب وهي الكفالة
قال الرهن ينعقد بالايجاب والقبول ويتم بالقبض قالوا الركن الايجاب بمجرده
لانه عقد تبرع فيتم بالمتبرع كالهبة والصدقة والقبض شرط اللزوم على ما نبينه ان شاء الله
وقال مالك يلزم بنفس العقد لانه يختص بالمال من الجانبين فصار كالبيع ولانه عقد
وثيقة فاشبه الكفالة ولنا ما تلونا والمصدر المقرون بحرف الفاء في محل الجزاء يراد به
الامر ولانه عقد تبرع لما ان الراهن لا يستوجب بمقابلته على المرتهن شيئا ولهذا
لا يجبر عليه فلا بد من امضائه كما في الوصية وذلك بالقبض ثم يكتفى فيه بالتخلية في ظاهر
الرواية لانه قبض بحكم عقد مشروع فاشبه قبض المبيع وعن ابي يوسف انه لا يثبت
في المنقول الا بالنقل لانه قبض موجب للضمان ابتداء بمنزلة الغصب بخلاف الشراء لانه ناقل
للضمان من البائع الى المشتري وليس بموجب ابتداء والاول اصح قال واذا قبضه
المرتهن محوزا مفرغا مميزا تم العقد فيه لوجود القبض بكماله فلزم العقد وما لم يقبضه
فالراهن بالخيار ان شاء سلمه وان شاء رجع عن الرهن لما ذكرنا ان اللزوم بالقبض
اذ المقصود لا يحصل قبله قال فاذا سلمه اليه فقبضه دخل في ضمانه وقال الشافعي

امانة في يده ولا يسقط شيء من الدين لقوله عليه السلام لا يغلق الرهن قالها ثلاثا
لصاحبه غنمه وعليه غرمه قال ومعناه لا يصير مضمونا ولان الرهن وثيقة بالدين فبهلاكه
لا يسقط الدين اعتبارا بهلاك الصك وهذا لان بعد الوثيقة يزداد معنى
الصيانة والسقوط بالهلاك يضاد ما اقتضاه العقد اذ الحق به يصير بعرض الهلاك
وهو ضد الصيانة ولنا قوله عليه السلام للمرتهن بعدما نفق فرس الرهن عنده
ذهب حقك وقوله عليه السلام اذا عمي الرهن فهو بما فيه معناه عمي عليه قالوا اذا
اشتبهت قيمة الرهن بعدما هلك واجماع الصحابة والتابعين على ان الرهن مضمون
مع اختلافهم في كيفيته والقول بالامانة خرق له والمراد بقوله عليه السلام لا يغلق
الرهن على ما قالوا الاحتباس الكلي بان يصير مملوكا له كذا ذكره الكرخي في السلف
ولان الثابت للمرتهن يد الاستيفاء وهو ملك اليد لان الرهن ينبئ عن الحبس الدائم
قال الله تعالى كل نفس بما كسبت رهينة وقال قائلهم وفارقتك برهن لا فكاك له
يوم الوداع فامسى الرهن قد غلقا والاحكام الشرعية تنعطف على الالفاظ على وفق
المعاني ولان الرهن وثيقة لجانب الاستيفاء وهو ان يكون موصولة اليه وذلك ثابت
بملك اليد والحبس ليقع الامن من الجحود مخافة جحود المرتهن الرهن وليكون عاجزا عن
الانتفاع فيتسارع الى قضاء الدين لحاجته او لضجره واذا كان كذلك ثبت الاستيفاء
من وجه وقد تقرر بالهلاك فلو استوفاه ثانيا يؤدي الى الربا بخلاف حالة القيام
لانه ينتقض هذا الاستيفاء بالرد على الراهن فلا يتكرر ولا وجه الى استيفاء الباقي بدونه
لانه لا يتصور والاستيفاء يقع بالمالية اما العين امانة حتى كانت نفقة المرهون
على الراهن في حياته وكفنه بعد مماته وكذا قبض الرهن لا ينوب عن قبض الشراء اذا
اشتراه المرتهن لان العين امانة فلا ينوب عن قبض ضمان وموجب العقد ثبوت يد
الاستيفاء وهذا يحقق الصيانة وان كان فراغ الذمة من ضروراته كما في الحوالة فالحاصل
ان عندنا حكم الرهن صيرورة الرهن محتبسا بدينه باثبات يد الاستيفاء عليه وعنده
تعلق الدين بالعين استيفاء منه عينا بالبيع ويخرج على الاصلين عدة من المسائل
المختلف فيها بيننا وبينه عددناها في كفاية المنتهى جملة منها ان الراهن ممنوع عن الاسترداد
للانتفاع لانه يفوت موجبه وهو الاحتباس على الدوام وعنده لا يمنع منه لانه لا ينافي
موجبه وهو تعينه للبيع وسيأتيك البواقي في اثناء المسائل ان شاء الله قال ولا
يصح الرهن الا بدين مضمون لان حكمه ثبوت يد الاستيفاء والاستيفاء يتلو الوجوب
قال رضي الله عنه ويدخل على هذا الرهن بالاعيان المضمونة بانفسها فانه يصح الرهن
بها ولا دين ويمكن ان يقال ان الموجب الاصلي فيها هو القيمة ورد العين مخلص على ما عليه اكثر

الشايع وهو دين ولهذا يصح الكفالة ولئن كان لا يجب الا بعد الهلاك ولكنه يجب عند الهلاك
بالقبض السابق ولهذا يعتبر قيمته يوم القبض فيكون رهنا بعد وجود سبب وجوبه فيصح
كما في الكفالة ولهذا لا تبطل الحوالة المقيدة به بهلاكه بخلاف الوديعة قال
وهو مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين فاذا هلك في يد المرتهن وقيمته والدين سواء
صار المرتهن مستوفيا لدينه وان كانت قيمة الرهن اكثر فالفضل امانة لان المضمون بقدر
ما يقع به الاستيفاء وذلك بقدر الدين وان كانت اقل سقط من الدين بقدره ورجع
المرتهن بالفضل لان الاستيفاء بقدر المالية وقال زفر الرهن مضمون بالقيمة حتى
لو هلك الرهن وقيمته يوم رهن الف وخمسمائة والدين الف رجع الراهن على المرتهن
بخمسمائة له حديث علي رضي الله عنه قال يترادان الفضل في الرهن ولان الزيادة
على الدين مرهونة لكونها محبوسة به فيكون مضمونة اعتبارا بقدر الدين ومذهبنا
مروي عن عمر وعبد الله بن مسعود رضي الله عنهما ولان هذا المرتهن يد الاستيفاء والزيادة
مرهونة ضرورة امتناع حبس الاصل بدونها ولا ضرورة في حق الضمان والمراد بالتراد فيما
روي حالة البيع فانه روي عنه رضي الله عنه انه قال المرتهن امين في الفضل قال
وللمرتهن ان يطالب الراهن بدينه ويحبسه به لان حقه باق بعد الرهن والرهن
لزيادة الصيانة فلا يمتنع به المطالبة والحبس جزاء الظلم فاذا ظهر مطله عند القاضي
يحبسه كما بيناه على التفصيل فيما تقدم واذا طلب المرتهن دينه يؤمر باحضار الرهن
لان قبض الرهن قبض استيفاء فلا يجوز ان يقبض ماله مع قيام يد الاستيفاء لانه يتكرر
الاستيفاء على اعتبار الهلاك في يد المرتهن وهو محتمل فاذا احضره امر الراهن بتسليم
الدين اولا ليتعين حقه كما تعين حق الراهن تحقيقا للتسوية كما في تسليم المبيع والثمن
يحضر المبيع ثم يسلم الثمن اولا وان طالبه بالدين في غير البلد الذي وقع العقد فيه
ان كان الرهن مما لا حمل له ولا مؤنة فكذلك الجواب لان الاماكن كلها في حق التسليم
كمكان واحد فيما ليس له حمل ومؤنة ولهذا لا يشترط بيان مكان الايفاء فيه في باب السلم
بالاجماع وان كان له حمل ومؤنة يستوفي دينه ولا يكلف احضار الرهن لان هذا نقل
والواجب عليه التسليم بمعنى التخلية لا النقل من مكان الى مكان لانه يتضرر به زيادة
الضرر ولم يلتزمه ولو سلط الراهن العدل على بيع المرهون فباعه بنقد او نسيئة
جاز لاطلاق الامر فلو طالبه المرتهن بالدين لا يكلف المرتهن احضار الرهن لانه لا قدرة
له على الاحضار وكذا اذا امر المرتهن ببيعه فباعه ولم يقبض الثمن لانه صار دينا بالبيع
بامر الراهن فصار كان الراهن رهنه وهو دين ولو قبضه يكلف احضاره لقيام البدل
مقام المبدل الا ان الذي يتولى قبض الثمن هو المرتهن لانه هو العاقد فيرجع الحقوق

اليه وكما يكلف احضار الرهن لاستيفاء كل الدين يكلف لاستيفاء نجم قد حل لاحتمال الهلاك ثم اذا
قبض الثمن يؤمر باحضاره لاستيفاء الدين لقيامه مقام العين وهذا بخلاف ما اذا قتل رجل
العبد الرهن خطأ حتى قضي بالقيمة على عاقلته في ثلاث سنين لم يجبر الراهن على قضاء الدين
حتى يحضر كل القيمة لان القيمة خلف عن الرهن فلا بد من احضار كلها كما لا بد من احضار كل
عين الرهن وما صارت قيمته بفعله وفيما تقدم صار دينا بفعل الراهن فلهذا افترقا
ولو وضع الرهن على يد العدل فامر ان يودعه غيره ففعل ثم جاء المرتهن يطلب دينه لا يكلف
احضار الرهن لانه لم يؤتمن عليه حيث وضع على يد غيره فلم يكن تسليمه في قدرته ولو وضعه
العدل في يد من في عياله وغاب وطلب المرتهن دينه والذي في يده يقول اودعني فلان ولا ادري
لمن هو يجبر الراهن على قضاء الدين لان احضار الرهن ليس على المرتهن لانه لم يقبض شيئا
وكذلك اذا غاب العدل بالرهن ولا يدرى اين هو لما قلنا ولو ان الذي اودعه العدل
جحد الرهن وقال هو مالي لم يرجع المرتهن على الراهن بشيء حتى يثبت كونه رهنا لانه لما
جحد فقد توى المال والتوى على المرتهن فيتحقق استيفاء الدين فلا يملك المطالبة به قال
وان كان الرهن في يده ليس عليه ان يمكنه من بيعه حتى يقضيه الدين لان حكمه الحبس الدائم
الى ان يقضي الدين على ما بيناه ولو قضاه البعض فله ان يحبس كل الرهن حتى يستوفي
البقية اعتبارا بحبس المبيع فاذا قضاه الدين قيل له سلم الرهن اليه لانه زال المانع من
التسليم لوصول الحق الى مستحقه فلو هلك قبل التسليم استرد الراهن ما قضاه لانه
صار مستوفيا عند الهلاك بالقبض السابق فكان الثاني استيفاء بعد استيفاء فيجب رده
وكذا لو تفاسخا الرهن له حبسه ما لم يقبض الدين او يبريه ولا يبطل الرهن الا بالرد
على الراهن على وجه الفسخ لانه يبقى مضمونا ما بقي القبض والدين ولو هلك في يده
يسقط الدين اذا كان به وفاء بالدين لبقاء الرهن وليس للمرتهن ان ينتفع الا بتسليط
من الراهن وليس له ان يواجر ويعير لانه ليس له ولاية الانتفاع بنفسه فلا يملك تسليط
غيره عليه فان فعل كان متعديا ولا يبطل عقد الرهن بالتعدي قال وللمرتهن
ان يحفظ الرهن بنفسه وزوجته وولده وخادمه الذي في عياله قال رضي الله عنه
معناه ان يكون الولد في عياله ايضا وهذا لان عينه امانة في يده فصار كالوديعة
قال وان حفظه بغير من في عياله او اودعه ضمن وهل يضمن الثاني فهو على الخلاف وقد
بيناه جميع ذلك بدلائله في الوديعة واذا تعدى المرتهن في الرهن ضمنه ضمان الغصب
بجميع قيمته لان الزيادة على مقدار الدين امانة والامانات تضمن بالتعدي ولو
رهنه خاتما فجعله في خنصره فهو ضامن لانه متعد بالاستعمال لانه غير ماذون فيه
وانما الاذن بالحفظ واليمنى واليسرى في ذلك سواء لان العادة فيه مختلفة ولو

جعله في بقية الاصابع كان رهنا بما فيه لانه لا يلبس كذلك عادة فكان من باب الحفظ وكذا
الطيلسان ان لبسه لبسا معتادا ضمن وان وضعه على عاتقه لم يضمن ولو رهنه سيفين
او ثلاثة فتقلدها لم يضمن في الثلاثة وضمن في السيفين لان العادة جرت بين الشجعان
بتقلد السيفين في الحرب ولم تجر بتقلد الثلاثة وان لبس خاتما فوق خاتم ان كان هو ممن
يتجمل بلبس خاتمين ضمن وان كان لا يتجمل بذلك فهو حافظ فلا يضمن قال واجرة البيت
الذي يحفظ فيه الرهن على المرتهن وكذلك اجرة الحافظ واجرة الراعي ونفقة الرهن على الراهن
والاصل ان ما يحتاج اليه لمصلحة الرهن وتبقيته فهو على الراهن سواء كان في الرهن فضل
او لم يكن لان العين باق على ملكه وكذلك منافعه مملوكة له فيكون اصلاحه وتبقيته
عليه لما انه مؤنة ملكه كما في الوديعة وذلك مثل النفقة في ماكله ومشربه واجرة الراعي
في معناه لانه علف الحيوان ومن هذا الجنس كسوة الرقيق واجرة ظئر ولد الرهن وسقي
البستان وتلقيح نخيله والجذاذ والقيام بمصالحه وكل ما كان لحفظه او لرده الى يد المرتهن
او لرد جزء منه فهو على المرتهن مثل اجرة الحافظ لان الامساك حق له والحفظ واجب عليه
فيكون بدله عليه وكذلك اجرة البيت الذي يحفظ فيه الرهن وهذا في ظاهر الرواية وعن
ابي يوسف رحمه الله ان كراء الماوى على الراهن بمنزلة النفقة لانه سعي في تبقيته ومن
هذا القسم جعل الابق فانه على المرتهن لانه محتاج اليه لاعادة يد الاستيفاء التي كانت له
ليرده فكان من مؤنة الرد فيلزمه وهذا اذا كانت قيمة الرهن والدين سواء وان كانت
قيمة الرهن اكثر فعليه بقدر المضمون وعلى الراهن بقدر الزيادة عليه لانه امانة في
يده والرد لاعادة اليد ويده في الزيادة يد المالك اذ هو كالمودع فيها فلهذا يكون على المالك
وهذا بخلاف اجرة البيت الذي ذكرنا فان كلها تجب على المرتهن وان كان في قيمة الرهن
فضل لان وجوب ذلك بسبب الحبس وحق الحبس في الكل ثابت له فاما الجعل انما يلزمه
لاجل الضمان فيتقدر بقدر المضمون ومداواة الجروح والقروح ومعالجة الامراض
والفداء من الجناية تنقسم على المضمون والامانة والخراج على الراهن خاصة لانه من مؤن الملك
والعشر فيما يخرج مقدم على حق المرتهن لتعلقه بالعين ولا يبطل الرهن في الباقي لان
وجوبه لا ينافي ملكه بخلاف الاستحقاق وما اداه احدهما مما وجب على صاحبه فهو
متطوع وما انفق احدهما مما يجب على الاخر بامر القاضي رجع عليه كان صاحبه امره به
لان ولاية القاضي عامة وعن ابي حنيفة انه لا يرجع اذا كان صاحبه حاضرا وان كان بامر القاضي
وقال ابو يوسف يرجع في الوجهين وهو فرع مسئلة الحجر

باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز

قال ولا يجوز رهن المشاع وقال الشافعي يجوز ولنا فيه وجهان احدهما
يبنى على حكم الرهن فانه عندنا ثبوت يد الاستيفاء وهذا لا يتصور فيما تناوله العقد

وهو المشاع وعنده المشاع يقبل ما هو الحكم عنده وهو تعينه للبيع والثاني ان موجب الرهن
هو الحبس الدائم لانه لم يشرع الا مقبوضا بالنص او بالنظر الى المقصود منه وهو الاستيثاق
من الوجه الذي بيناه وكل ذلك يتعلق بالدوام ولا يفضي اليه الا استحقاق الحبس ولو جوزناه
في المشاع يفوت الدوام لانه لا بد من المهاياة فيصير كما اذا قال رهنتك يوما ويوما لا ولهذا
لا يجوز فيما يحتمل القسمة لان المانع في الهبة غرامة القسمة وهو فيما يقسم اما حكم الهبة
فالملك والمشاع يقبله وهاهنا الحكم ثبوت يد الاستيفاء والمشاع لا يقبله وان كان لا
يحتمل القسمة ولا يجوز من شريكه لانه لا يقبل حكمه على الوجه الاول وعلى الوجه الثاني
يسكن يوما بحكم الملك ويوما بحكم الرهن فيصير كانه رهن يوما ويوما لا والشيوع الطاري
يمنع بقاء الرهن في رواية الاصل وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يمنع لان حكم البقاء
اسهل من حكم الابتداء فاشبه الهبة وجه الاول ان الامتناع لعدم المحلية وما يرجع
اليه فالابتداء والبقاء سواء كالمحرمية في باب النكاح بخلاف الهبة لان المشاع يقبل
حكمها وهو الملك واعتبار القبض في الابتداء لنفي الغرامة على ما بيناه ولا حاجة الى
اعتباره في حالة البقاء ولهذا يصح الرجوع في بعض الهبة ولا يجوز فسخ العقد في بعض
الرهن ولا رهن ثمرة على رؤوس النخل دون النخيل ولا زرع الارض دون الارض ولا
رهن النخيل في الارض دونها لان المرهون متصل بما ليس بمرهون خلقة فكان في معنى
الشائع وكذا اذا رهن الارض دون النخيل او دون الزرع او النخيل دون الثمر لان
الاتصال يقوم بالطرفين فصار الاصل ان المرهون اذا كان متصلا بما ليس بمرهون
لم يجز لانه لا يمكن قبض المرهون وحده وعن ابي حنيفة ان رهن الارض بدون الشجر
جائز لان الشجر اسم للنابت فيكون استثناء الاشجار بمواضعها بخلاف ما اذا رهن
الدار دون البناء لان البناء اسم للمبني فيصير راهنا جميع الارض وهي مشغولة بملك
الراهن ولو رهن النخيل بمواضعها جاز لان هذه مجاورة وهي لا تمنع الصحة ولو كان فيه
ثمر يدخل في الرهن لانه تابع لاتصاله به فيدخل تبعا تصحيحا للعقد بخلاف البيع
لان بيع النخيل بدون الثمر جائز فلا ضرورة الى ادخالها من غير ذكر ولانه ليس تابعا بوجه
ما لم يدخل وكذا يدخل الزرع والرطبة في رهن الارض ولا يدخل في البيع لما ذكرنا
في الثمرة ويدخل البناء والغرس في رهن الارض والدار والقرية لما ذكرنا ولو رهن الدار
بما فيها جاز ولو استحق بعضها ان كان الباقي يجوز ابتداء الرهن عليه وحده بقي رهنا بحصته
والا بطل كله لان الرهن حصل كانه ما ورد الا على الباقي ويمنع التسليم كون الراهن
او متاعه في الدار المرهونة وكذا متاعه في الوعاء المرهون ويمنع تسليم الدابة المرهونة
الحمل عليها ولا يتم حتى يلقي الحمل لانه شاغل لها بخلاف ما اذا رهن الحمل دونها حيث يكون

رهنا تاما اذا دفعها اليه لان الدابة مشغولة به فصار هذا كما اذا رهن متاعا في دار
او وعاء دون الدار والوعاء بخلاف ما اذا رهن سرجا على دابة او لجاما في راسها ودفع
الدابة مع السرج واللجام حيث لا يكون رهنا حتى ينزعه منها ثم يسلمه اليه لانه من
توابع الدابة بمنزلة الثمرة للنخيل حتى قالوا يدخل فيه من غير ذكر قال ولا يصح
الرهن بالامانات كالودايع والعواري والمضاربات ومال الشركة لان القبض في
باب الرهن قبض مضمون فلا بد من ضمان ثابت ليقع القبض مضمونا ويتحقق استيفاء
الدين منه وكذلك لا يصح بالاعيان المضمونة بغيرها كالمبيع في يد البايع لان
الضمان ليس بواجب فانه اذا هلك العين لم يضمن البايع شيئا لكنه يسقط الثمن
وهو حق البايع فلا يصح الرهن واما الاعيان المضمونة بعينها وهو ان يكون مضمونا
بالمثل او بالقيمة عند هلاكه كمثل المغصوب وبدل الخلع والمهر وبدل الصلح عن دم العمد
يصح الرهن بها لان الضمان متقرر فانه ان كان قايما وجب تسليمه وان كان هالكا
يجب قيمته وكان رهنا بما هو مضمون فيصح قال والرهن بالدرك باطل والكفالة
بالدرك جايزة والفرق ان الرهن للاستيفاء ولا استيفاء قبل الوجوب واضافة
التمليك الى زمان في المستقبل لا يجوز اما الكفالة فلالتزام المطالبة والتزام
الافعال يصح مضافا الى المال كما في الصوم والصلوة ولهذا يصح الكفالة بما ذاب
له على فلان ولا يصح الرهن فلو قبضه قبل الوجوب فهلك عنده يهلك امانة لانه
لا عقد حيث وقع باطلا بخلاف الرهن بالدين الموعود وهو ان يقول رهنتك
هذا لتقرضني الف درهم وهلك في يد المرتهن حيث يهلك بما سمي من المال بمقابلته
لان الموعود جعل كالموجود باعتبار الحاجة ولانه مقبوض بجهة الرهن الذي يصح على
اعتبار وجوده فيعطى له حكمه كالمقبوض على سوم الشرا فيضمنه قال ويصح
الرهن براس مال السلم وثمن الصرف والمسلم فيه وقال زفر رحمه الله لا يجوز لان حكمه
الاستيفا وهذا استبدال لعدم المجانسة وباب الاستبدال فيهما مسدود ولنا
ان المجانسة ثابتة في المالية فيتحقق الاستيفا من حيث المال وهو المضمون على ما مر
قال والرهن بالمبيع باطل لما بينا انه غير مضمون بنفسه فان هلك ذهب بغير
شي لانه لا اعتبار للباطل فبقي قبضا باذنه وان هلك الرهن بثمن الصرف وراس مال السلم
في مجلس العقد تم الصرف والسلم وصار المرتهن مستوفيا لتحقق القبض حكما وان
افترقا قبل هلاكه الرهن بطلا لفوات القبض حقيقة وحكما وان هلك الرهن
بالمسلم فيه بطل السلم بهلاكه ومعناه انه يصير مستوفيا للمسلم فيه فلم يبق السلم
ولو تفاسخا السلم وبالمسلم فيه رهن يكون ذلك رهنا براس المال حتى يحبسه لانه بدله فصار

كالمغصوب

كالمغصوب اذا هلك به رهن يكون رهنا بقيمته ولو هلك الرهن بعد التفاسخ يهلك
بالطعام المسلم فيه لانه رهن به وان كان محبوسا بغيره كمن باع عبدا وسلم المبيع واخذ
بالثمن رهنا ثم تقايلا البيع له ان يحبسه لاخذ المبيع لان الثمن بدله ولو هلك الرهن
يهلك بالثمن لما بينا وكذا لو اشترى عبدا شراء فاسدا وادى ثمنه له ان يحبسه حتى
استوفى الثمن ثم لو هلك المشترى في يد المشتري يهلك بقيمته فكذا هنا قال ولا
يجوز رهن الحر والمدبر والمكاتب وام الولد لان حكم الرهن ثبوت يد الاستيفاء
ولا يتحقق الاستيفاء من هولاء لعدم المالية في الحر وقيام المانع في الباقين ولا يجوز
بالكفالة بالنفس وكذا بالقصاص في النفس وما دونه لتعذر الاستيفاء بخلاف
ما اذا كانت الجناية خطا لان الاستيفاء الارش من الرهن ممكن ولا يجوز بالشفعة
لان المبيع غير مضمون على المشتري ولا بالعبد الجاني والعبد المديون لانه غير مضمون
على المولى فانه لو هلك لا يجب عليه شي ولا باجرة النايحة والمغنية حتى لو ضاع لم يكن
مضمونا لانه لا يقابله شي مضمون ولا يجوز للمسلم ان يرهن خمرا او يرتهنه من مسلم
او ذمي لتعذر الايفاء والاستيفاء في حق المسلم ثم الراهن اذا كان ذميا فالخمر مضمون عليه
للذمي كما اذا غصبه وان كان المرتهن ذميا لم يضمنها للمسلم كما لا يضمنها بالغصب
منه بخلاف ما اذا جرى ذلك فيما بينهم لانها مال في حقهم اما الميتة فليس بمال عندهم
فلا يجوز رهنها وارتهانها فيما بينهم كما لا يجوز فيما بين المسلمين قال ولو اشترى
عبدا ورهن بثمنه خلا او شاة مذبوحة ثم ظهر العبد حرا او الخل خمرا او الشاة ميتة
فالرهن مضمون لانه رهنه بدين واجب ظاهرا وكذا اذا قتل عبدا ورهن بقيمته رهنا
ثم ظهر انه حر وهذا كله على ظاهر الرواية وكذا اذا صالح على انكار ورهن بما صالح عليه رهنا
ثم تصادقا ان لا دين فالرهن مضمون وعن ابي يوسف خلافه وكذا قياسه فيما تقدم
من جنسه قال ويجوز للاب ان يرهن بدين عليه عبدا لابنه الصغير لانه يملك
الايداع وهذا انظر في حق الصبي منه لان قيام المرتهن بحفظه ابلغ خيفة الغرامة
ولو هلك يهلك مضمونا والوديعة تهلك امانة والوصي بمنزلة الاب في هذا
الباب لما بينا وعن ابي يوسف وزفر انه لا يجوز ذلك منهما وهو القياس اعتبارا
بحقيقة الايفا ووجه الفرق على الظاهر وهو الاستحسان ان في حقيقة الايفا
ازالة ملك الصغير من غير عوض يقابله في الحال وفي هذا نصب حافظ لماله ناجزا مع
بقاء ملكه فوضح الفرق واذا جاز الرهن يصير المرتهن مستوفيا دينه لو هلك في يده
ويصير الاب او الوصي موفيا له ويضمنه للصبي لانه قضى دينه بماله وكذلك لو
سلطا المرتهن على بيعه لانه توكيل بالبيع وهما يملكانه قالوا اصل هذه المسالة البيع

البيع فان الاب او الوصي اذا باع مال الصبي من غيره نفسه جاز ويقع المقاصة بدينه
وكذلك وكيل البايع بالبيع والرهن نظير البيع نظرا الى عاقبته من حيث وجوب الضمان
واذا رهن الاب من نفسه او من ابن له صغير او عبد له تاجر لا دين عليه جاز لان الاب لو
فور شفقته انزل منزلة شخصين واقيمت عبارته مقام عبارتين في هذا العقد كما في بيعه
مال الصغير من نفسه فتولى طرفي العقد ولو ارتهنه الوصي من نفسه او من هذين او رهن
عينا له من اليتيم بحق لليتيم عليه لم يجز لانه وكيل محض والواحد لا يتولى طرفي العقد في
الرهن كما لا يتولاهما في البيع وهو قاصر الشفقة فلا يعدل عن الحقيقة في حقه الحاقا له بالاب
والرهن من ابنه الصغير وعبده التاجر الذي ليس عليه دين بمنزلة الرهن من نفسه بخلاف
ابنه الكبير وابنه وعبده الذي عليه دين لانه لا ولاية له عليهم بخلاف الوكيل بالبيع اذا
باع من هؤلاء لانه متهم فيه ولا تهمة في الرهن لان له حكما واحدا وان استدان الوصي لليتيم
في كسوته وطعامه ورهن به متاعا لليتيم جاز لان الاستدانة جايز للحاجة والرهن يقع
ايفاء للحق فيجوز وكذلك لو اتجر لليتيم فارتهن او رهن لان الاولى له التجارة تثميرا لمال
اليتيم فلا يجد بدا من الارتهان والرهن لانه ايفاء واستيفاء واذا رهن الاب متاع الصغير
فادرك الابن ومات الاب ليس للابن ان يسترده حتى يقضي الدين لوقوعه لازما من جانب
اذ تصرف الاب بمنزلة تصرفه بنفسه بعد البلوغ لقيامه مقامه ولو كان الاب رهنه لنفسه
فقضاه الابن يرجع به في مال الاب لانه مضطر فيه لحاجته الى احياء ملكه فاشبه معير الرهن
وكذلك اذا هلك قبل ان يفتكه لان الاب يصير قاضيا دينه بماله فله ان يرجع عليه ولو رهنه
بدين على نفسه وبدين على الصغير جاز لاشتماله على امرين جايزين فان هلك ضمن الاب
حصته من ذلك للولد لايفاء دينه من ماله بهذا المقدار وكذلك الوصي وكذلك الجد اب
الاب اذا لم يكن الاب او وصي الاب ولو رهن الوصي متاعا لليتيم في دين استدانه عليه
وقبض المرتهن ثم استعاره الوصي لحاجة اليتيم فضاع في يد الوصي فانه خرج من الرهن وهلك
من مال اليتيم لان فعل الوصي كفعله بنفسه بعد البلوغ لانه استعاره لحاجة الصبي
والحكم فيه هذا على ما نبينه ان شاء الله والمال دين على الوصي معناه وهو المطالب به ثم يرجع
بذلك على الصبي لانه غير متعدي في هذه الاستعارة اذ هي لحاجة الصبي ولو استعاره لحاجة
نفسه ضمنه للصبي لانه متعد اذ ليس له ولاية الاستعمال في حاجة نفسه ولو غصبه الوصي بعد
ما رهنه فاستعمله لحاجة نفسه حتى هلك عنده فالوصي ضامن لقيمته لانه متعدي في حق
المرتهن بالغصب والاستعمال وفي حق الصبي بالاستعمال في حاجة نفسه فيقضي به الدين
ان كان قد حل فان كانت قيمته مثل الدين اداها الى المرتهن ولا يرجع على اليتيم لانه وجب
لليتيم عليه مثل ما وجب له على اليتيم فالتقتا قصاصا وان كانت قيمته اقل من الدين ادى

القيمة الى المرتهن وادى الزيادة من مال اليتيم لان المضمون عليه قدر القيمة لا غير وان
كانت قيمة الرهن اكثر من الدين ادى قدر الدين الى المرتهن والفضل لليتيم وان كان لم يحل
الدين فالقيمة رهن لانه ضامن للمرتهن بتفويت حقه المحترم فيكون رهنا عنده ثم اذا حل
الاجل كان الجواب على التفصيل الذي فصلنا فلو انه غصبه واستعمله لحاجة الصغير
حتى هلك في يده يضمنه لحق المرتهن ولا يضمنه لحق الصغير لان استعماله لحاجة الصغير ليس بتعدي
وكذلك الاخذ لان له ولاية اخذ مال اليتيم ولهذا قال في كتاب الاقرار اذا اقر الاب او الوصي
بغصب مال الصبي الصغير لا يلزمه شيء لانه لا يتصور غصبه لما ان له ولاية الاخذ فاذا هلك
في يده يضمنه للمرتهن باخذه بدينه ان كان قد حل ويرجع الوصي على الصغير لانه ليس بمتعد
بل هو عامل له وان كان لم يحل يكون رهنا عند المرتهن ثم اذا حل الدين ياخذ دينه
منه ويرجع الوصي على الصبي بذلك لما ذكرنا قال ويجوز رهن الدراهم والدنانير
والمكيل والموزون لانه يتحقق الاستيفاء منه فكان محلا للرهن فان رهنت بجنسها فهلكت
هلكت بمثلها من الدين وان اختلفا في الجودة لانه لا معتبر بالجودة عند المقابلة بجنسها وهذا عند
ابي حنيفة لان عنده يصير مستوفيا باعتبار الوزن دون القيمة وعندهما يضمن القيمة
من خلاف جنسه ويكون رهنا مكانه وفي الجامع الصغير فان رهن ابريق فضة وزنه عشرة
بعشرة فضاع فهو بما فيه قال رضي الله عنه معناه ان يكون قيمته مثل وزنه او اكثر وهذا
الجواب في الوجهين بالاتفاق لان الاستيفاء عنده باعتبار الوزن وعندهما باعتبار القيمة وهي
مثل الدين في الاول وزيادة عليه في الثاني فيصير بقدر الدين مستوفيا فان كانت قيمته اقل
من الدين فهو على الخلاف المذكور لهما انه لا وجه الى الاستيفاء بالوزن لما فيه من الضرر
بالمرتهن ولا الى اعتبار القيمة لانه يؤدي الى الربوا فصرنا الى التضمين بخلاف الجنس لينتقض
القبض ويجعل مكانه ثم يتملكه وله ان الجودة ساقطة العبرة في الاموال الربوية عند المقابلة
بجنسها واستيفاء الجيد بالردي جايز كما اذا تجوز به وقد حصل الاستيفاء بالاجماع ولهذا
يحتاج الى نقضه ولا يمكن نقضه بايجاب الضمان لانه لا بد له من مطالب ومطالب وكذا
الانسان لا يضمن ملك نفسه وبتعذر التضمين يتعذر النقض وقيل هذه فريعة ما اذا
استوفى الزيوف مكان الجياد فهلكت ثم علم بالزيافة وهو معروف غير ان البناء لا يصح على ما هو
المشهور لان محمدا فيها مع ابي حنيفة وفي هذا مع ابي يوسف والفرق لمحمد انه قبض الزيوف
ليستوفي من عينها والزيافة لا تمنع الاستيفاء وقد تم بالهلاك وقبض الرهن ليستوفي من
محل اخر فلا بد من نقض القبض وقد امكن عنده بالتضمين ولو انكسر الابريق ففي الوجه الاول
وهو ما اذا كانت قيمته مثل وزنه عند ابي حنيفة وابي يوسف لا يجبر على الفكاك لانه لا وجه
الى ان يذهب شيء من الدين لانه يصير قاضيا دينه بالجودة على الانفراد ولا الى ان يفتكه مع النقصان

لا فيه من الضرر بجبرناه ان شاء افتكه بما فيه وان شاء ضمنه قيمته من جنسه او خلاف جنسه و
يكون ويكون رهنا عند المرتهن والمكسور للمرتهن بالضمان عند محمد ان شاء افتكه ناقصا
وان شاء جعله بالدين اعتبارا لحالة الانكسار بحالة الهلاك وهذا لانه لما تعذر الفكاك مجانا
صار بمنزلة الهلاك وفي الهلاك الحقيقي مضمون بالدين بالاجماع فكذا فيما هو في معناه
وقلنا الاستيفاء عند الهلاك بالمالية وطريقه ان يكون مضمونا بالقيمة ثم يقع المقاصة وفي جعله
بالدين اغلاق الرهن وهو حكم جاهلي وكان التضمين بالقيمة اولى وفي الوجه الثالث وهو ما
اذا كانت قيمته اقل من وزنه ثمانية يضمن قيمته جيدا من خلاف جنسه او رديا من جنسه ويكون
رهنا عنده وهذا بالاتفاق عندهما ظاهر وكذا عند محمد لانه يعتبر حالة الانكسار بحالة الهلاك
والهلاك عنده بالقيمة وفي الوجه الثاني وهو ما اذا كانت قيمته اكثر من وزنه اثنى عشر عند ابي
حنيفة يضمن جميع قيمته ويكون رهنا عنده لان العبرة للوزن عنده لا للجودة والرداءة فان كان
باعتبار الوزن كله مضمونا يجعل كله مضمونا وان كان بعضه فبعضه وهذا لان الجودة تابعة
للذات ومتى صار الاصل مضمونا استحال ان يكون التابع امانة وعند ابي يوسف يضمن خمسة
اسداس قيمته ويكون خمسة اسداس المكسور له بالضمان وسدسه يفرز حتى لا يبقى الرهن شائعا
ويكون مع قيمة خمسة اسداس المكسور رهنا فعنده يعتبر الجودة والرداءة ويجعل زيادة القيمة
كزيادة الوزن كان وزنه اثنا عشر وهذا لان الجودة متقومة في ذاتها حتى يعتبر عند المقابلة
بخلاف جنسها وفي تصرف المريض وان كانت لا يعتبر عند المقابلة بجنسها سمعا فاعتبرناها في
بيانه قول محمد نوع طول يعرف في موضعه من المبسوط والزيادات مع جميع شعبها قال
ومن باع عبدا على ان يرهنه المشتري شيئا بعينه جاز استحسانا والقياس ان لا يجوز وعلى هذا
القياس والاستحسان اذا باع عبدا على ان يعطيه كفيلا معينا حاضرا في المجلس فقبل وجه القياس
انه صفقة في صفقة وهو منهي عنه ولانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحدهما ومثله
يفسد البيع وجه الاستحسان انه شرط ملائم للعقد لان الكفالة والرهن للاستيثاق وانه
يلائم الوجوب فاذا كان الكفيل حاضرا في المجلس والرهن معينا اعتبرنا فيه المعنى وهو ملائم
فصح العقد واذا لم يكن الرهن والكفيل معينا او كان الكفيل غائبا حتى افترقا لم يبق معنى
الكفالة والرهن للجهالة فبقي الاعتبار لعينه فيفسد ولو كان غائبا فحضر في المجلس وقبل صح
فلو امتنع المشتري عن تسليم الرهن لم يجبر عليه وقال زفر يجبر لان الرهن اذا شرط في البيع صار
حقا من حقوقه كالوكالة المشروطة في الرهن فيلزمه بلزومه ونحن نقول الرهن عقد تبرع من جانب
الراهن على ما بيناه ولا جبر على التبرعات ولكن البائع بالخيار ان شاء رضي بترك الرهن وان شاء
فسخ البيع لانه وصف مرغوب فيه وما رضي الا به فيتخير بفواته الا ان يدفع المشتري الثمن حالا
لحصول المقصود او يدفع قيمة الرهن رهنا لان الاستيفاء يتعلق بالمعنى وهو القيمة قال

ومن اشترى شيئا بدراهم فقال للبائع امسك هذا الثوب حتى اعطيك الثمن فالثوب
رهن لانه اتى بما ينبئ عن معنى الرهن وهو الحبس الى وقت الاعطاء والعبرة في العقود للمعاني
حتى كانت الكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة في ضد ذلك كفالة وقال زفر لا
يكون رهنا ومثله عن ابي يوسف لان قوله امسك يحتمل الرهن ويحتمل الايداع
والثاني اقلهما فيقضي بثبوته بخلاف ما اذا قال امسك بدينك او بمالك لانه لما قابله
بالدين فقد عين جهة الرهن قلنا لما مده الى الاعطاء علم ان مراده الرهن

فصل

ومن رهن عبدين بالف فقضى حصة احدهما لم يكن له ان يقبضه حتى يؤدي باقي الدين
وحصة كل واحد ما يخصه اذا قسم الدين على قيمتهما وهذا لان الرهن محبوس بكل الدين
فيكون محبوسا بكل جزء من اجزائه مبالغة في حمله على قضاء الدين وصار كالمبيع في
يد البائع فان سمى لكل واحد من اعيان الرهن شيئا من المال الذي رهنه به فكذلك
الجواب في رواية الاصل وفي الزيادات له ان يقبضه اذا ادى ما سمى له وجه الاول
ان العقد متحد لا يتفرق بتفرق التسمية كما في البيع وجه الثاني انه لا حاجة الى الاتحاد
لان احد العقدين لا يصير مشروطا في الآخر الا ترى انه لو قبل الرهن في احدهما جاز
فان رهن عينا واحدة عند رجلين بدين لكل واحد عليه جاز وجميعها رهن عند كل واحد
منهما لان الرهن اضيف الى جميع العين في صفقة واحدة ولا شيوع فيه وموجبه صيرورته
محتبسا بالدين وهذا مما لا يقبل الوصف بالتجزي فصار محبوسا بكل واحد منهما
وهذا بخلاف الهبة من رجلين حيث لا يجوز عند ابي حنيفة وان تهايئا فكل واحد منهما في
نوبته كالعدل في حق الآخر قال والمضمون على كل واحد منهما حصته لان عند الهلاك
يصير كل واحد منهما مستوفيا حصته اذ الاستيفاء مما يتجزى قال فان اعطى احدهما دينه كان كله رهنا
في يد الآخر لان جميع العين رهن في يد كل واحد منهما من غير تفرق ولهذا لحبس المبيع اذا
ادى احد المشتريين حصته قال وان رهن رجلان بدين عليهما رجلا رهنا واحدا فهو
جائز والرهن رهن بكل الدين وللمرتهن ان يمسكه حتى يستوفي جميع الدين لان قبض الرهن
يحصل في الكل من غير شيوع فان اقام الرجلان كل واحد منهما البينة على رجل انه رهنه
عبده الذي في يده وقبضه فهو باطل لان كل واحد منهما اثبت ببينته انه رهنه كل العبد
ولا وجه الى القضاء لكل واحد منهما بالكل لان العبد الواحد يستحيل ان يكون كله رهنا
لهذا وكله رهنا لذلك في حالة واحدة ولا الى القضاء بكله لواحد بعينه لعدم الاولوية
ولا الى القضاء لكل واحد منهما بالنصف لانه يؤدي الى الشيوع فتعذر العمل بهما وجعل
في كتاب التهاترات وهذا وجه الاستحسان لانا نقول هذا عمل على خلاف ما اقتضته
الحجة لان كل واحد منهما اثبت ببينته حبسا يكون وسيلة الى مثله في الاستيفاء وبهما اقتضتا
ينتقض حبسا يكون وسيلة الى شطره في الاستيفاء وليس هذا عملا على وفق الحجة وما ذكرناه

ان كان قياسا لكن محمدا اخذ به لقربه واذا وقع باطلا فلو هلك يهلك امانة لان
الباطل لا حكم له قال ولو مات الراهن والعبد في ايديهما فاقام كل واحد منهما
البينة على ما وصفنا كان في يد كل واحد منهما نصفه رهنا يبيعه بحقه استحسانا وهو
قول ابي حنيفة ومحمد وفي القياس هذا باطل وهو قول ابي يوسف لان الحبس للاستيفاء
حكم اصلي لعقد الرهن فيكون القضاء به قضاء بعقد الرهن وانه باطل للشيوع كما في
حالة الحيوة وجه الاستحسان ان العقد لا يراد لذاته وانما يراد لحكمه وحكمه في حالة
الحيوة الحبس والشيوع يضره وبعد الممات الاستيفاء بالبيع في الدين والشيوع لا
يضره وصار كما اذا ادعى الرجلان نكاح امراة او ادعت اختان النكاح على رجل و
اقاموا البينة تهاترت في حالة الحيوة ويقضى بالميراث بينهم بعد الممات لانه يقبل الانقسام

باب الرهن يوضع على يدي عدل

قال واذا اتفقا على وضع الرهن على يد العدل
جاز وقال مالك لا يجوز ذكر قوله في بعض النسخ لان يد العدل يد المالك ولهذا يرجع
العدل عليه عند الاستحقاق فانعدم القبض ولنا ان يده على الصورة يد المالك
في الحفظ اذ العين امانة وفي حق المالية يد المرتهن لان يده يد ضمان والمضمون هو
المالية فنزل منزلة الشخصين تحقيقا لما قصداه من الرهن وانما يرجع العدل
على المالك في الاستحقاق لانه نايب عنه في حفظ العين كالمودع قال وليس
للمرتهن ولا للراهن ان ياخذه منه لتعلق حق الراهن في الحفظ بيده وامانته وتعلق
حق المرتهن به استيفاء فلا يملك احدهما ابطال حق الاخر فلو هلك في يده هلك في
ضمان المرتهن لان يده في حق المالية يد المرتهن وهي المضمونة ولو دفع العدل الى الراهن
او المرتهن يضمن لانه مودع الراهن في حق العين ومودع المرتهن في حق المالية واحدهما
اجنبي عن الاخر والمودع يضمن لانه مودع الراهن بالدفع الى الاجنبي واذا ضمن العدل قيمة
الرهن بعد ما دفع الى احدهما وقد استهلكه المدفوع اليه او هلك في يده لا يقدر
ان يجعل القيمة رهنا في يده لانه يصير قاضيا ومقتضيا وبينهما تناف ولكن يتفقان على
ان ياخذاها منه ويجعلاها رهنا عنده او عند غيره وان تعذر اجتماعهما يرفع احدهما
الى القاضي ليفعل كذلك ولو فعل ذلك ثم قضى الراهن الدين وقد ضمن العدل القيمة
بالدفع الى الراهن فالقيمة سالمة له لوصول المرهون الى الراهن ووصول الدين الى
المرتهن ولا يجتمع البدل والمبدل في ملك واحد وان كان ضمنها بالدفع الى المرتهن
فالراهن ياخذ القيمة منه لان العين لو كان قايما في يده ياخذه اذا ادى الدين فكذلك
ياخذ ما قام مقامه ولا جمع فيه بين البدل والمبدل قال واذا وكل الراهن المرتهن
او العدل او غيرهما ببيع الرهن عند حلول الدين فالوكالة جايزة لانه توكيل ببيع ماله
وان شرطت في عقد الرهن فليس للراهن ان يعزل الوكيل وان عزله لم ينعزل لانها لما شرطت

في ضمن عقد الرهن صار وصفا من اوصافه وحقا من حقوقه الا ترى انه لزيادة الوثيقة
فيلزم بلزوم اصله ولانه تعلق به حق المرتهن وفي العزل اتوا حقه وصار كالوكيل بالخصومة
بطلب المدعي ولو وكله بالبيع مطلقا حتى ملك البيع بالنقد والنسيئة ثم نهاه عن البيع
نسيئة لم يعمل نهيه لانه لازم باصله وكذا بوصفه لما ذكرنا وكذا اذا عزله المرتهن لا ينعزل
لانه لم يوكله وانما وكله غيره وان مات الراهن لم ينعزل لان الرهن لا يبطل بموته
ولانه لو بطل انما يبطل لحق الورثة وحق المرتهن مقدم قال وللوكيل ان يبيعه
بغير محضر من الورثة كما يبيعه حال حيوته بغير محضر منه وان مات المرتهن فالوكيل على
وكالته لان العقد لا يبطل بموتهما ولا بموت احدهما فيبقى بحقوقه واوصافه وان مات
الوكيل انتقضت الوكالة ولا يقوم وارثه ولا وصيه مقامه لان الوكالة لا يجري فيها
الارث ولان الموكل رضي برايه لا براي غيره وعن ابي يوسف ان وصي الوكيل يملك بيعه
لان الوكالة لازمة فيملكه الوصي كالمضارب اذا مات بعد ما صار راس المال اعيانا
يملك وصي المضارب بيعها لما انه لازم بعد ما صار اعيانا قلنا التوكيل حق لازم
لكن عليه والارث يجري فيما له بخلاف المضاربة لانها حق المضارب وليس للمرتهن
ان يبيعه الا برضاء الراهن لانه ملكه وما رضي ببيعه وليس للراهن ان يبيعه
الا برضاء المرتهن لان المرتهن احق بماليته من الراهن فلا يقدر الراهن على تسليمه
بالبيع قال فان حل الاجل وابى الوكيل الذي في يديه الرهن ان يبيعه والراهن
غايب اجبر على بيعه لما ذكرنا من الوجهين في لزومه وكذلك الرجل يوكل غيره
بالخصومة وغاب الموكل فابى ان يخاصم اجبر على الخصومة للوجه الثاني ان فيه
اتواء الحق بخلاف الوكيل بالبيع لان الموكل يبيع بنفسه فلا يتوى حقه اما المدعي
لا يقدر على الدعوى والمرتهن لا يملك بيعه فلو لم يكن التوكيل مشروطا في عقد
الرهن وانما شرط بعده قيل لا يجبر اعتبارا للوجه الاول وقيل يجبر رجوعا
الى الوجه الثاني وهذا اصح وعن ابي يوسف ان الجواب في الفصلين واحد
ويويده اطلاق الجواب في الجامع الصغير وفي الاصل واذا باع العدل الرهن فقد
خرج من الرهن والثمن قايم مقامه فكان رهنا وان لم يقبض بعد لقيامه مقام ما
كان مقبوضا واذا توى كان مال المرتهن لبقاء عقد الرهن في الثمن لقيامه مقام
المبيع المرهون وكذلك اذا قتل العبد الرهن وغرم القاتل قيمته لان المالك
يستحقه من حيث المالية وان كان بدل الدم فاخذ حكم ضمان المال في حق المستحق
فبقي عقد الرهن وكذلك لو قتله عبد فدفع به لانه قايم مقام الاول لحما ودما
قال وان باع العدل الرهن فاوفى المرتهن الثمن ثم استحق الرهن فضمنه العدل
كان بالخيار ان شاء ضمن الراهن قيمته وان شاء ضمن المرتهن الثمن ليسلم له الضمان غيره

وكشف هذا ان المرهون المبيع اذا استحق في حقه بالبيع والتسليم فان ضمن الراهن
نفذ البيع وصح الاقتضاء لانه ملكه باداء الضمان فتبين انه باع ملك نفسه واذا ضمن
العدل فالعدل بالخيار ان شاء رجع على الراهن بالقيمة لانه وكيل من جهته عامل له
فيرجع عليه بما لحقه من العهدة وينفذ البيع وصح الاقتضاء فلا يرجع المرتهن عليه بشي
من دينه وان شاء رجع على المرتهن بالثمن لانه تبين انه اخذ الثمن بغير حق لانه ملك العبد
باداء الضمان ونفذ بيعه عليه فصار الثمن له وانما اداه اليه على حسبان انه ملك الراهن
فاذا تبين انه ملكه لم يكن راضيا به فله ان يرجع به عليه واذا رجع بطل الاقتضاء
فيرجع المرتهن على الراهن بدينه في الوجه الثاني وهو ان يكون قائما في يد المشتري فللمستحق
ان ياخذه من يده لانه وجد عين ماله ثم للمشتري ان يرجع على العدل بالثمن لانه العاقد فتتعلق
به حقوق العقد وهذا من حقوقه حيث وجب بالبيع وانما اداه ليسلم له المبيع ولم
يسلم ثم العدل بالخيار ان شاء رجع على الراهن بالقيمة لانه هو الذي ادخله في العهدة
فيجب عليه تخليصه واذا رجع عليه صح قبض المرتهن لان المقبوض سلم له وان شاء رجع على المرتهن
لانه اذا انتقض العقد بطل الثمن وقد قبضه ثمنا فيجب نقض قبضه ضرورة واذا رجع عليه
وانتقض قبضه عاد حقه في الدين كما كان فيرجع به على الراهن ولو ان المشتري سلم الثمن
الى المرتهن لم يرجع على العدل لانه في البيع عامل للراهن وانما يرجع عليه اذا قبض ولم يقبض
فبقي الضمان على الموكل ولو كان التوكيل بعد عقد الرهن غير مشروط في العقد فما لحق العدل
من العهدة يرجع به على الراهن قبض ثمن المرتهن او لا لانه لم يتعلق بهذا التوكيل حق المرتهن
فلا رجوع كما في الوكالة المفردة عن الرهن اذا باع الوكيل ودفع الثمن الى من امره الموكل ثم لحقته
عهدة لا يرجع به على المقتضي بخلاف الوكالة المشروطة في العقد لانه تعلق به حق المرتهن
فيكون البيع لحقه قال رضي الله عنه هكذا ذكر الكرخي وهذا المويد قول من لا يرى جبر
الوكيل على البيع قال واذا مات العبد المرهون في يد المرتهن ثم استحقه رجل فله الخيار
ان شاء ضمن الراهن وان شاء ضمن المرتهن لان كل واحد منهما متعد في حقه بالتسليم او بالقبض
فان ضمن الراهن فقد مات بالدين لانه ملكه باداء الضمان فصح الايفاء وان ضمن المرتهن
يرجع على الراهن بما ضمن من القيمة وبدينه اما بالقيمة فلانه مغرور من جهة الراهن واما
بالدين فلانه انتقض اقتضاؤه فيعود حقه كما كان فان قيل لما كان قرار الضمان على الراهن
برجوع المرتهن عليه والملك في المضمون يثبت لمن عليه قرار الضمان فتبين انه رهن ملك نفسه
فصار كما اذا ضمن المستحق الراهن ابتداء قلنا هذا طعن ابي حازم القاضي رحمه الله والجواب عنه
انه يرجع عليه بسبب الغرور والغرور بالتسليم كما ذكرناه او بالانتقال من المرتهن اليه كانه وكيل
عنه والملك بكل ذلك متاخر عن عقد الرهن بخلاف الوجه الاول لان المستحق يضمنه باعتبار القبض
السابق على الرهن فيستند الملك اليه فتبين انه رهن ملك نفسه وقد طولنا الكلام فيه في كفاية المنتهي

باب التصرف في الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره قال واذا باع الراهن الرهن بغير اذن
المرتهن فالبيع موقوف لتعلق حق الغير به وهو المرتهن فيتوقف على اجازته وان كان الراهن
يتصرف في ملكه كمن اوصى بجميع ماله تتوقف على اجازة الورثة فيما زاد على الثلث لتعلق
حقهم به فان اجاز المرتهن جاز لان التوقف لحقه وقد رضي بسقوطه وان قضاه الراهن
دينه جاز ايضا لانه زال المانع من النفوذ والمقتضي موجود وهو التصرف الصادر من
الاهل في المحل واذا نفذ البيع باجازة المرتهن ينتقل حقه الى بدله هو الصحيح لان حقه
تعلق بالمالية والبدل له حكم المبدل وصار كالعبد المديون اذا بيع برضا الغرماء ينتقل
حقهم الى البدل لانهم رضوا بالانتقال دون السقوط راسا فكذا هذا وان لم يجز المرتهن
البيع وفسخه انفسخ في رواية حتى لو افتك الراهن الرهن لا سبيل للمشتري عليه لان الحق
الثابت للمرتهن بمنزلة الملك فصار كالمالك له ان يجيز وله ان يفسخ وفي اصح الروايتين
لا ينفسخ بفسخه لانه لو ثبت حق الفسخ له انما يثبت ضرورة صيانة حقه وحقه في الحبس
لا يبطل بانعقاد هذا العقد فبقي موقوفا فان شاء المشتري صبر حتى يفتك الراهن الرهن
اذ العجز على شرف الزوال وان شاء رفع الامر الى القاضي وللقاضي ان يفسخ لفوات القدرة
على التسليم وولاية الفسخ الى القاضي لا اليه وصار كما اذا ابق العبد المشتري قبل القبض فانه
يتخير المشتري لما ذكرنا كذلك هذا ولو باعه الراهن من رجل ثم باعه بيعا ثانيا من غيره قبل ان
يجيزه المرتهن فالثاني موقوف ايضا على اجازته لان الاول لم ينفذ والموقوف لا يمنع توقف الثاني
فلو اجاز المرتهن البيع الثاني جاز الثاني ولو باع الراهن ثم اجر او رهن او وهب من غيره واجاز
المرتهن هذه العقود جاز البيع الاول والفرق ان المرتهن ذو حظ من البيع الثاني لانه يتعلق
حقه ببدله فيصح تعيينه لتعلق فائدته به اما لا حق له في هذه العقود لانه لا بدل في الهبة و
الرهن والذي في الاجارة بدل المنفعة لا بدل العين وحقه في مالية العين لا في المنفعة فكانت
اجازته اسقاطا لحقه فزال المانع فنفذ البيع الاول فوضح الفرق قال فلو اعتق الراهن عبد الرهن
نفذ عتقه وفي بعض اقوال الشافعي لا ينفذ اذا كان المعتق معسرا لان في تنفيذه ابطال حق المرتهن
فاشبه البيع بخلاف ما اذا كان موسرا حيث ينفذ على بعض اقواله لانه لا يبطل حقه معنى بالتضمين
وبخلاف اعتاق المستاجر لان الاجارة تنتهي بعد تمامها اذ الحر يقبلها اما لا يقبل الرهن فلا يبقى
ولنا انه مخاطب اعتق ملك نفسه فلا يلغو تصرفه بعدم اذن المرتهن كما اذا اعتق العبد المشترى قبل القبض
واعتق الآبق والمغصوب ولا خفاء في قيام ملك الرقبة لقيام المقتضي وعارض الرهن لا ينبئ
عن زواله ثم اذا زال ملكه في الرقبة باعتاقه يزول ملك المرتهن في اليد بناء عليه كاعتاق العبد
المشترك بل اولى لان ملك الرقبة اقوى من ملك اليد فلما لم يمنع الاعلى لا يمنع الادنى بالطريق
الاولى وامتناع النفاذ في البيع والهبة لانعدام القدرة على التسليم واعتاق الوارث العبد

الموصى برقبته لا بالغوا بل يوجر الى اداء السعاية عند ابي حنيفة واذا انفذ الاعتاق بطل الرهن
لفوات محله ثم بعد ذلك ان كان الراهن موسرا والدين حالا طولب باداء القيمة تقع المقاصة
بقدر الدين فلا فائدة فيه وان كان الدين مؤجلا اخذت منه قيمة العبد وجعلت رهنا
مكانه حتى يحل الدين لان سبب الضمان متحقق وفي التضمين فائدة واذا حل الدين اقتضاه
بحقه اذا كان من جنس حقه ورد الفضل وان كان معسرا سعى العبد في قيمته وقضى به الدين
الا اذا كان بخلاف جنس حقه لانه لما تعذر الوصول الى حقه من جهة المعتق يرجع الى من ينتفع
بعتقه وهو العبد لان الخراج بالضمان قال رضي الله عنه وتاويله اذا كانت القيمة
اقل من الدين اما اذا كان الدين اقل نذكره ان شاء الله تعالى ثم يرجع بما يسعى على مولاه اذا ايسر لانه
قضى به دينه وهو مضطر فيه بحكم الشرع فيرجع بما يحمل عنه بخلاف المستسعى في الاعتاق لانه يؤدي
ضمانا عليه لانه انما يسعى لتحصيل العتق عنده وعندهما لتكميله وهنا يسعى في ضمان على غيره بعد
تمام اعتاقه فصار كمعير الرهن ثم ابو حنيفة اوجب السعاية في المستسعى المشترك في حالتي اليسار
والاعسار وفي العبد المرهون شرط الاعسار لان الثابت للمرتهن حق الملك وانه ادنى من حقيقة
الثابت للشريك الساكت فوجبت السعاية هنا في حالة واحدة اظهارا لنقصان رتبته بخلاف
المشترى قبل القبض اذا اعتقه المشتري حيث لا يسعى للبائع الا رواية عن ابي يوسف لان المرهون
يسعى لان حق البائع في الحبس ضعيف لان البائع لا يملكه في الآخرة ولا يبقى في منعه ولذلك
يبطل حقه في الحبس بالاعارة من المشتري والمرتهن ينقلب حقه ملكا ولا يبطل حقه الثمن بالاعارة
من الراهن حتى يتمكن من الاسترداد فلو اوجبنا السعاية فيهما لسوينا بين الحقين وذلك لا يجوز ولو
اقر المولى برهن عبده بان قال له رهنتك عند فلان وكذبه العبد ثم اعتقه تجب السعاية عندنا
خلافا لزفر باقراره بعد العتق ونحن نقول اقر بتعلق الحق في حال يملك التعليق فيه لقيام
ملكه فيصح بخلاف ما بعد العتق لانه حال انقطاع الولاية قال ولو دبره الراهن صح تدبيره
بالاتفاق عندنا ظاهر وكذا عنده لان التدبير لا يمنع على اصله ولو كانت امة فاستولدها
الراهن صح الاستيلاد بالاتفاق لانه يصح بادنى الحقين وهو ما للاب في جارية الابن فيصح بالاعلى
واذا صحا خرجا من الرهن لبطلان المحلية اذ لا يصح استيفاء الدين منهما فان كان الراهن موسرا
ضمن قيمتهما على التفصيل الذي ذكرناه وان كان معسرا استسعى المرتهن المدبر وام الولد في جميع
الدين لان كسبهما مال المولى بخلاف المعتق حيث يسعى في الاقل من الدين ومن القيمة لان كسبه
حقه والمحتبس عنده ليس الا قدر القيمة فلا يزاد عليه وحق المرتهن بقدر الدين فلا يلزمه الزيادة
ولا يرجعان بما يؤديان على المولى بعد يساره لانهما ادياه من مال المولى والمعتق يرجع لانه
ادى ملكه عنه وهو مضطر على ما مر وقيل الدين اذا كان مؤجلا يسعى المدبر في قيمته لانه عوض
الرهن حتى يحبس مكانه فيتقدر بقدر العوض بخلاف ما اذا كان حالا لانه يقضى به الدين

ولو اعتق الراهن المدبر وقد قضي عليه بالسعاية او لم يقض لم يسع الا بقدر القيمة لان كسبه
بعد العتق ملكه وما اداه قبل العتق لا يرجع به على مولاه لانه اداه من مال المولى قال وكذلك
لو استهلك الراهن الرهن لانه حق محترم مضمون بالاتلاف والضمان رهن في يد المرتهن لقيامه
مقام العين فان استهلكه اجنبي فالمرتهن هو الخصم في تضمينه فياخذ القيمة ويكون رهنا في
يده لانه احق بعين الرهن حال قيامه فكذا في استرداد ما قام مقامه والواجب على هذا
المستهلك قيمته يوم هلك وان كانت قيمته يوم استهلكه خمسمائة ويوم رهن الفا غرم
خمسمائة وكانت رهنا وسقط من الدين خمسمائة فصار الحكم في الخمسمائة الزيادة كانها
هلكت بآفة والمعتبر في ضمان الرهن القيمة يوم القبض لا يوم الفكاك لان القبض السابق
مضمون عليه لانه قبض استيفاء الا انه يتقرر عند الهلاك ولو استهلكه المرتهن والدين مؤجل
غرم القيمة لانه اتلف ملك الغير وكانت رهنا في يده حتى يحل الاجل لان الضمان بدل العين فاخذ
حكمه فاذا حل الدين وهو على صفة القيمة استوفى المرتهن منها قدر حقه لانه جنس حقه ثم ان كان
فيه فضل يرده على الراهن لانه بدل ملكه وقد فرغ عن حق المرتهن وان نقصت عن الدين
بتراجع السعر الى خمسمائة وقد كانت قيمته يوم الرهن الفا وجب بالاستهلاك خمسمائة وسقط
من الدين خمسمائة لان ما انتقص كالهالك وسقط الدين بقدره ويعتبر قيمته يوم القبض
فهو مضمون به بالقبض السابق لا بتراجع السعر ووجب عليه الباقي بالاتلاف وهو قيمته
يوم اتلف قال واذا اعار المرتهن الرهن للراهن ليخدمه او ليعمل له عملا فقبضه خرج
من ضمان المرتهن لمنافاة بين يد العارية ويد الرهن فان هلك في يد الراهن هلك بغير شيء
لفوات القبض المضمون وللمرتهن ان يسترجعه الى يده لان عقد الرهن باق الا في حكم الضمان
في الحال الا ترى انه لو هلك الراهن قبل ان يرده على المرتهن كان المرتهن احق به من سائر
الغرماء وهذا لان يد العارية ليست بلازمة والضمان ليس من لوازم الرهن على كل حال الا
ترى ان حكم الرهن ثابت في ولد الرهن وان لم يكن مضمونا بالهلاك واذا بقي عقد الرهن
فاذا اخذه عاد الضمان لانه عاد القبض في عقد الرهن فيعود بصفته وكذلك لو اعاره
احدهما اجنبيا باذن الآخر سقط حكم الضمان لما قلنا ولكل واحد منهما ان يرده رهنا كما كان
لان لكل واحد حقا محترما فيه وهذا بخلاف الاجارة والبيع والهبة من اجنبي اذا باشرها
احدهما باذن الآخر حيث يخرج عن الرهن فلا يعود الا بعقد مبتدا ولو مات الراهن قبل
الرد الى المرتهن يكون المرتهن اسوة للغرماء لانه تعلق بالرهن حق لازم بهذه التصرفات فيبطل
به حكم الرهن اما بالعارية لم يتعلق به حق لازم فافترقا واذا استعار المرتهن الرهن
من الراهن ليعمل به فهلك قبل ان ياخذ في العمل هلك على ضمان الرهن لبقاء يد الرهن
وكذا اذا هلك بعد الفراغ من العمل لارتفاع يد العارية ولو هلك في حالة العمل هلك بغير

ضمان لثبوت يد العارية فالاستعمال وهي مخالفة ليد الرهن فانتفى الضمان وكذا اذا اذن الراهن
المرتهن بالاستعمال لما بيناه ومن استعار من غيره ثوبا ليرهنه فما رهنه به من قليل وكثير
فهو جائز لانه متبرع باثبات ملك اليد فيعتبر بالتبرع باثبات ملك العين واليد وهو
قضاء الدين فيجوز ان ينفصل ملك اليد عن ملك العين ثبوتا للمرتهن كما ينفصل زوالا في
حق البايع والاطلاق واجب الاعتبار خصوصا في الاعارة لان الجهالة فيها لا تفضي الى المنازعة
ولو عين قدرا لا يجوز للمستعير ان يرهنه باكثر منه ولا باقل منه لان التقييد مفيد وهو
ينفي الزيادة لان غرضه الاحتباس بما يتيسر اداؤه وينفي النقصان ايضا لان غرضه ان
يصير مستوفيا للاكثر بمقابلته عند الهلاك ليرجع عليه وكذلك التقييد بالجنس وبالمرتهن
والبلد لان كل ذلك مفيد لتيسر البعض بالاضافة الى البعض وتفاوت الاشخاص في الامانة
والحفظ واذا خالف كان ضامنا ثم ان شاء المعير ضمن المستعير ويتم عقد الرهن فيما بينه
وبين المرتهن لانه ملكه باداء الضمان فتبين انه رهن ملك نفسه وان شاء ضمن المرتهن
ويرجع المرتهن بما ضمن وبالدين على الراهن وقد بيناه في الاستحقاق وان وافق بان
رهنه بمقدار ما امر به ان كانت قيمته مثل الدين او اكثر فهلك عند المرتهن يبطل المال
عن الراهن لتمام الاستيفاء بالهلاك ووجب مثله لرب الثوب على الراهن لانه
صار قاضيا دينه بماله بهذا القدر وهو الموجب للرجوع دون القبض بذاته لانه برضاه
وكذلك ان اصابه عيب ذهب من الدين بحسابه ووجب مثله لرب الثوب على الراهن على ما
بيناه وان كانت قيمته اقل من الدين ذهب بقدر القيمة وعلى الراهن بقية دينه للمرتهن لانه
لم يقع الاستيفاء بما زاد على قيمته وعلى الراهن لصاحب الثوب ما صار به موفيا للمال
ولو كانت قيمته مثل الدين فاراد المعير ان يفتكه جبرا عن الراهن لم يكن للمرتهن اذا قضى دينه
فيرده على المعير لان استرداد القيمة كاسترداد العين ولو استعار عبدا او دابة ان يمتنع
لانه غير متبرع حيث يخلص ملكه ولهذا يرجع على الراهن بما ادى فاجبر المرتهن على الدفع بخلاف
الاجنبي اذا قضى الدين لانه متبرع اذ هو لا يسعى في تخليص ملكه ولا تفريغ ذمته وكان له
ان لا يقبله ولو هلك الثوب العارية عند الراهن قبل ان يرهنه او بعدما افتكه فلا
ضمان عليه لانه لا يصير قاضيا بهذا وهو الموجب على ما بيناه ولو اختلفا في ذلك فالقول
للراهن لانه ينكر الايفاء بدعواه الهلاك في هاتين الحالتين ولو اختلفا في مقدار ما امره
بالرهن فالقول للمعير لان القول قوله في انكار اصله فكذا في انكار وصفه ولو رهنه
المستعير بدين موعود وهو ان يرهنه ليقرضه كذا فهلك في يد المرتهن قبل الاقراض والمسمى
والقيمة سواء يضمن قدر الموعود المسمى لما بينا كالموجود ويرجع المعير على الراهن بمثله لانه
مالية الرهن باستيفائه من المرتهن كسلمه متبرئا ذمته عنه ولو كانت العارية عبدا فاعتقه

المعير جاز لقيام ملكه في الرقبة ثم المرتهن بالخيار ان شاء رجع بالدين على الراهن لانه لم يستوفه
وان شاء ضمن المعير قيمته لان الحق قد تعلق برقبته برضاه وقد اتلفه بالاعتاق ويكون رهنا
عنده الى ان يقبض دينه فيرده الى المعير لان استرداد القيمة كاسترداد العين ولو استعار
عبدا او دابة ليرهنه فاستخدم العبد وركب الدابة قبل ان يرهنهما ثم رهنهما بمال مثل قيمتهما
ثم قضى المال فلم يقبضهما حتى هلكا عند المرتهن فلا ضمان على الراهن لانه قد برئ عن الضمان
حين رهنهما فانه كان امينا خالف ثم عاد الى الوفاق وكذلك اذا افتك الرهن ثم ركب
الدابة واستخدم العبد فلم يعطب ثم عطب بعد ذلك من غير صنعه لا يضمن لانه بعد
الفكاك بمنزلة المودع لا بمنزلة المستعير لانتهاء حكم الاستعارة بالفكاك وقد عاد الى
الوفاق فيبرأ عن الضمان وهذا بخلاف المستعير لان يده يد نفسه فلا بد من الوصول
الى يد المالك اما المستعير في الرهن يحصل مقصود الامر وهو الرجوع عليه عند الهلاك
وتحقق الاستيفاء قال وجناية الراهن على الرهن مضمونة لانه تفويت حق لازم
محترم وتعلق مثله بالمال يجعل المالك كالاجنبي في حق الضمان كتعلق حق الورثة
بمال المريض مرض الموت لم يمنع نفاذ تبرعه فيما وراء الثلث والعبد الموصى بخدمته
اذا قتله الوارث ضمنوا قيمته ليشتري بها عبد يقوم مقامه قال وجناية المرتهن
عليه تسقط من دينه بقدرها ومعناه ان يكون الضمان على صفة الدين وهذا لان
العين ملك المالك وقد تعدى عليه المرتهن فيضمنه لما ذكرنا قال وجناية الرهن
على الراهن والمرتهن وعلى مالهما هدر وهذا عند ابي حنيفة وقالا جنايته على المرتهن
معتبرة والمراد بالجناية على النفس ما يوجب المال اما الوفاقية فلانها جناية المملوك
على المالك الا ترى انه لو مات كان الكفن عليه بخلاف جناية المغصوب على المغصوب منه
لان الملك عند اداء الضمان يثبت للغاصب مستندا حتى يكون الكفن عليه فكانت
جناية على غير المالك فاعتبرت ولهما في الخلافية ان الجناية حصلت على غير مالكه
وفي الاعتبار فائدة وهو دفع العبد اليه بالجناية فيعتبر ثم ان شاء الراهن والمرتهن
ابطلا الرهن ودفعاه بالجناية الى المرتهن وان قال المرتهن لا اطلب الجناية فهو رهن
على حاله وله ان هذه الجناية لو اعتبرناها للمرتهن كان عليه التطهير من الجناية لانها
حصلت في ضمانه فلا يفيد وجوب الضمان له مع وجوب التخليص عليه وجنايته على
مال المرتهن لا تعتبر بالاتفاق اذا كانت قيمته والدين سواء لانه لا فائدة في اعتباره
لانه لا يتملك العبد وهو الفائدة وان كانت القيمة اكثر من الدين فعن ابي حنيفة انه
يعتبر بقدر الامانة لان الفضل ليس في ضمانه فاشبه جناية العبد الوديعة على المستودع
وعنه انه لا يعتبر لان حكم الرهن وهو الحبس فيه ثابت فصار كالمضمون وهذا لانه في

جناية الرهن على ملك الراهن او ابن المرتهن لان الاملاك حقيقة متباينة فصار كا
لجناية على الاجنبي قال ومن رهن عبدا يساوي الفا بالف الى اجل فنقص في السعر
فرجعت قيمته الى مائة ثم قتله رجل وغرم قيمته مائة ثم حل الاجل فان المرتهن يقبض
المائة قضاء من حقه ولا يرجع على الراهن بشيء واصله ان النقصان من حيث السعر
لا يوجب سقوط الدين عندنا خلافا لزفر وهو يقول ان المالية قد انتقضت فاشبه
انتقاض العين ولنا ان نقصان السعر عبارة عن فتور رغبات الناس وذلك
لا يعتبر في البيع حتى لا يثبت به الخيار ولا في الغصب حتى لا يجب الضمان بخلاف نقصان
العين لان بفوات جزء منه يتقرر الاستيفاء فيه اذ اليد يد الاستيفاء واذا لم
يسقط شيء من الدين بنقصان السعر بقي مرهونا بكل الدين فاذا قتله حر غرم قيمته
مائة لانه يعتبر قيمته يوم الاتلاف في ضمان الاتلاف لان الجابر بقدر الفائت واخذه
المرتهن لانه بدل المالية في حق المستحق وان كان مقابلا بالدم على اصلنا حتى لا يزاد
على دية الحر لان المولى استحقه بسبب المالية وحق المرتهن متعلق بالمالية فكذا
فيما قام مقامه ثم لا يرجع على الراهن بشيء لان يد المرتهن يد الاستيفاء من الابتداء
وبالهلاك يتقرر وقيمته كانت في الابتداء الفا فيصير مستوفيا الكل من الابتداء
او نقول لا يمكن ان يجعل مستوفيا الالف بمائة لانه يؤدي الى الربوا فيصير مستوفيا
المائة وبقي تسعمائة في العين فاذا هلك يصير مستوفيا تسعمائة بالهلاك بخلاف
ما اذا مات من غير قتل احد لانه يصير مستوفيا الكل بالعبد لانه لا يؤدي الى الربوا
قال وان كان امره الراهن ان يبيعه فباعه بمائة وقبض المائة قضاء من حقه فيرجع
بتسعمائة لانه لما باعه باذن الراهن صار كان الراهن استرده وباعه بنفسه ولو كان
كذلك يبطل الرهن ويبقى الدين الا بقدر ما استوفى كذلك هذا قال وان
قتله عبد قيمته مائة فدفع مكانه افتكه بجميع الدين وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد هو بالخيار ان شاء افتكه بجميع الدين وان شاء سلم العبد المدفوع الى
المرتهن بماله وقال زفر يصير رهنا بمائة له ان يد الرهن يد استيفاء وقد تقرر
بالهلاك الا انه اخلف بدلا بقدر العشر فيبقى الدين بقدره ولاصحابنا على زفر
ان العبد الثاني قائم مقام الاول لحما ودما ولو كان الاول قائما وانتقص السعر
لا ينتقص شيء من الدين عندنا لما ذكرنا وكذا اذا قام المدفوع مكانه ولمحمد في الخيار
ان المرهون تغير في ضمان المرتهن فيخير الراهن كالمبيع اذا قتل قبل القبض والمغصوب
اذا قتل في يد الغاصب يخير المشتري والمغصوب منه كذا هذا ولهما ان التغير
لم يظهر في نفس العبد لقيام الثاني مقام الاول لحما ودما كما ذكرناه مع زفر رحمه الله

وعين

وعين الرهن امانة عندنا فلا يجوز تمليكه منه بغير رضاه ولان جعل الرهن بالدين حكم
جاهلي وانه منسوخ بخلاف البيع لان الخيار فيه حكم الفسخ وهو مشروع وبخلاف
الغصب لان تمليكه باداء الضمان مشروع ولو كان العبد تراجع سعره حتى صار يساوي
مائة فقتله عبد يساوي مائة فدفع به فهو على هذا الخلاف واذا قتل العبد الرهن قتيلا
خطأ فضمان الجناية على المرتهن وليس له ان يدفع لانه لا يملك التمليك ولو فدى
طهر المحل فبقي الدين على حاله ولا يرجع على الراهن بشيء من الفداء لان الجناية حصلت في
ضمانه فكان عليه اصلاحها ولو ابى المرتهن ان يفدي قيل للراهن ادفع العبد او افده بالدية
لان الملك في الرقبة له وانما الى المرتهن الفداء لقيام حقه فاذا امتنع عن الفداء يطالب
الراهن بحكم الجناية ومن حكمها التخيير بين الدفع والفداء فان اختار الدفع سقط الدين
لانه استحق بمعنى في ضمان المرتهن فصار كالهلاك وكذلك ان فدى لان العبد كالحاصل
له بعوض كان على المرتهن وهو الفداء بخلاف ولد الرهن اذا قتل انسانا او استهلك
مالا حيث يخاطب الراهن بالدفع او الفداء لانه غير مضمون على المرتهن فان دفع خرج من
الرهن ولم يسقط شيء من الدين كما لو هلك في الابتداء وان فدى فهو رهن مع امه على حالهما
ولو استهلك العبد المرهون مالا يستغرق رقبته فان ادى المرتهن الدين الذي لزم
العبد فدينه على حاله كما في الفداء وان ابى قيل للراهن بعه في الدين الا ان يختار ان يؤدي
عنه فان ادى بطل دين المرتهن كما ذكرنا في الفداء وان لم يؤد وبيع العبد فيه يأخذ صاحب
دين العبد دينه لان دين العبد مقدم على دين المرتهن وعلى الجناية لتقدمه على حق المولى
فان فضل شيء ودين غريم العبد مثل دين المرتهن او اكثر فالفضل للراهن وبطل دين
المرتهن لان الرقبة استحقت بمعنى هو في ضمان المرتهن فاشبه الهلاك وان كان دين
العبد اقل سقط من دين المرتهن بقدر دين العبد وما فضل من دين العبد يبقى رهنا
كما كان ثم ان كان دين المرتهن قد حل اخذه به لانه من جنس حقه وان كان لم يحل امسكه حتى
يحل وان كان ثمن العبد لا يفي بدين الغريم اخذ الثمن ولم يرجع بما بقي على احد حتى يعتق
العبد لان الحق في دين الاستهلاك يتعلق برقبته وقد استوفيت فيتأخر الى ما بعد
العتق ثم اذا ادى بعد العتق لا يرجع على احد لانه وجب عليه بفعله وان كانت قيمة العبد الفين
وهو رهن بالف وقد جنى العبد يقال لهما افدياه لان النصف منه مضمون والنصف امانة
والفداء في المضمون على المرتهن وفي الامانة على الراهن فان اجمعا على الدفع دفعاه وبطل
دين المرتهن والدفع لا يجوز في الحقيقة من المرتهن لما بيناه وانما منه الرضا به فان تشاحا
فالقول لمن قال انا افدي راهنا كان او مرتهنا اما المرتهن فليس في الفداء ابطال حق الراهن وفي
الدفع الذي يختاره الراهن ابطال حق المرتهن وكذا في جناية ولد الرهن اذا قال المرتهن انا افدي

لذلك وان كان المالك يختار الدفع لانه ان لم يكن مضمونا فهو محبوس بدينه في العبد غرض صحيح
ولا ضرر على الراهن فكان له ان يفديه واما الراهن فلانه ليس للمرتهن ولاية الدفع لما بينا فلابد ان
يختاره ويكون المرتهن في الفداء متطوعا في حصة الامانة حتى لا يرجع على الراهن لانه يمكنه ان
يخاطبه فيخاطب الراهن فيما التزمه والحال هذه كان متبرعا وهذا على ما روي عن ابي حنيفة انه
يرجع مع الحضور وسنبين القولين ان شاء الله ولو ابى المرتهن ان يفديه وفداه الراهن فانه يحتسب
على المرتهن نصف الفداء من دينه لان سقوط الدين امر لازم فدى او دفع فلم يجعل الراهن
في الفداء متطوعا ثم ينظر ان كان نصف الفداء مثل الدين او اكثر بطل الدين وان كان
اقل سقط من الدين بنصف الفداء وكان العبد رهنا بما بقي لان الفداء في النصف
كان عليه فاذا اداه الراهن وهو ليس بالفداء متطوع كان له الرجوع عليه فيصير قصاصا
بدينه كانه اوفى نصفه فيبقى العبد رهنا بما بقي ولو كان المرتهن فدى والراهن حاضر
فهو متطوع وان كان غائبا لم يكن متطوعا وهذا قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف
ومحمد والحسن وزفر المرتهن متطوع في الوجهين لانه فدى ملك غيره بغير امره فاشبه الاجنبي
وله انه اذا كان الراهن حاضرا امكنه مخاطبته فاذا فداه المرتهن فقد تبرع كالاجنبي
فاما اذا كان الراهن غائبا تعذر مخاطبته والمرتهن يحتاج الى اصلاح المضمون ولا يمكنه
ذلك الا باصلاح الامانة فلا يكون متبرعا قال واذا مات الراهن باع وصيه الرهن
وقضى الدين لان الوصي قائم مقامه ولو تولى الموصي حيا بنفسه كان له ولاية البيع باذن
المرتهن فكذا الوصي وان لم يكن له وصي نصب القاضي له وصيا وامره ببيعه لان القاضي
نصب ناظرا لحقوق المسلمين اذا عجزوا عن النظر لانفسهم والنظر في نصب الوصي ليؤدي
ما عليه لغيره ويستوفي ماله من غيره وان كان على الميت دين فرهن الوصي بعض التركة عند غريم
من غرمائه لم يجز وللاخرين ان يردوه لانه آثر بعض الغرماء بالايفاء الحكمي فاشبه الايثار بالايفاء
الحقيقي فان قضى دينهم قبل ان يردوه جاز لزوال المانع بوصول حقهم اليهم ولو لم يكن للميت
غريم آخر جاز الرهن اعتبارا بالايفاء الحقيقي ويباع في دينه لانه يباع فيه قبل الرهن فكذا بعده
واذا ارتهن الوصي بدين للميت على رجل جاز لانه استيفاء وهو يملكه قال رضي الله عنه وفي
رهن الوصي تفصيلات نذكرها في كتاب الوصايا ان شاء الله **فصل** ومن رهن عصيرا
بعشرة قيمته عشرة فتخمر ثم صار خلا يساوي عشرة فهو رهن بعشرة لان ما يكون محلا للبيع يكون
محلا للرهن اذ المحلية بالمالية فيهما والخمر وان لم يكن محلا للبيع ابتداء فهو محل له بقاء حتى ان من اشترى
عصيرا فتخمر قبل القبض يبقى العقد الا انه يتخير في البيع لتغير وصف المبيع بمنزلة ما اذا تعيب ولو رهن
شاة قيمتها عشرة بعشرة فماتت فدبغ جلدها فصار يساوي درهما فهو رهن بدرهم لان الرهن
يتقرر بالهلاك فاذا احيي بعض المحل يعود حكمه بقدره بخلاف ما اذا ماتت الشاة المبيعة قبل القبض فدبغ

جلدها حيث لا يعود البيع لان البيع ينتقض بالهلاك قبل القبض والمنتقض لا يعود اما الرهن
يتقرر بالهلاك كما بيناه ومن مشايخنا من منع مسئلة البيع ويقول يعود البيع قال
ونماء الرهن للراهن وهو مثل الولد والثمر واللبن والصوف لانه متولد من ملكه ويكون رهنا
مع الاصل لانه تبع له والرهن حق لازم فيسري اليه فان هلك يهلك بغير شيء لان الاتباع لا قسط
لها مما يقابل بالاصل لانها لم تدخل تحت العقد مقصودا اذ اللفظ لا يتناولها وان هلك
الاصل وبقي النماء افتكه الراهن بحصته ويقسم الدين على قيمة الرهن يوم القبض وقيمة النماء يوم
الفكاك لان الرهن يصير مضمونا بالقبض والزيادة تصير مقصودا بالفكاك اذا بقي الى وقته
والتبع يقابله شيء اذا صار مقصودا كولد المبيع فما اصاب الاصل يسقط من الدين لانه يقابله
الاصل مقصودا وما اصاب النماء افتكه الراهن به لما ذكرنا وصور المسائل على هذا الاصل
تخرج وقد ذكرنا بعضها في كفاية المنتهي وتمامه في الجامع والزيادات ولو رهن شاة بعشرة
وقيمتها عشرة وقال الراهن للمرتهن احلب الشاة فما حلبت فهو لك حلال فحلب وشرب فلا ضمان
عليه في شيء من ذلك لما انه الاباحة فيصح تعليقها بالشرط والخطر لانها اطلاق وليس بتمليك فيصح
مع الخطر ولا يسقط شيء من الدين لانه اتلفه باذن المالك فان لم يفتك الشاة حتى ماتت
في يد المرتهن قسم الدين على قيمة اللبن الذي شرب وعلى قيمة الشاة فما اصاب الشاة سقط
وما اصاب اللبن اخذه المرتهن من الراهن لان اللبن تلف على ملك الراهن بفعل المرتهن والفعل
حصل بتسليط من قبله فصار كان الراهن اخذه واتلفه فكان مضمونا عليه فيكون له حصته من الدين
فيبقى بحصته وكذلك ولد الشاة اذا اذن له الراهن في اكله وكذلك جميع النماء الذي يحدث
على هذا القياس قال ويجوز الزيادة في الرهن ولا يجوز في الدين عند ابي حنيفة ومحمد
ولا يصير الرهن رهنا به وقال ابو يوسف يجوز الزيادة في الدين ايضا وقال زفر والشافعي
لا يجوز فيهما والخلاف معهما في الرهن وفي الثمن والمثمن والمنكوحة سواء وقد ذكرناه في البيوع ولابي
يوسف ان الدين في باب الرهن كالثمن في البيع والرهن كالمثمن فتجوز الزيادة
فيهما كما في البيع والجامع الالتحاق باصل العقد للحاجة والامكان ولهما وهو القياس
ان الزيادة في الدين توجب الشيوع في الرهن وهو غير مشروع عندنا والزيادة في الرهن توجب
الشيوع في الدين وهو غير مانع من صحة الرهن الا ترى انه لو رهن عبدا بخمسمائة من الدين جاز وهذا
شيوع في الدين والالتحاق باصل العقد غير ممكن في طرف الدين لانه غير معقود عليه ولا
معقود به بل وجوبه سابق على الرهن وكذا يبقى بعد انفساخه والالتحاق باصل العقد في بدل
العقد بخلاف البيع لان الثمن بدل يجب بالعقد ثم اذا صحت الزيادة في الرهن وتسمى هذه زيادة
قصدية يقسم الدين على قيمة الاصل يوم القبض وعلى قيمة الزيادة يوم قبضت حتى لو كانت قيمة الزيادة
يوم قبضها خمسمائة وقيمة الاصل يوم القبض الفا والدين الف يقسم الدين اثلاثا في الزيادة

ثلث الدين وفي الاصل ثلثا الدين اعتبارا بقيمتهما في وقت الاعتبار وهذا لان الضمان في كل واحد منهما
يثبت بالقبض فيعتبر قيمة كل منهما وقت القبض واذا ولدت المرهونة ولدا فرأى ان الراهن زاد مع الولد عبدا
وقيمة كل واحد الف فالعبد رهن مع الولد خاصة يقسم ما في الولد عليه وعلى العبد المزيد لانه جعله
زيادة مع الولد دون الام ولو كانت الزيادة مع الام يقسم الدين على قيمة الام يوم العقد وعلى
قيمة الزيادة يوم القبض فما اصاب الام قسم عليها وعلى ولدها لان الزيادة دخلت على الام قال
فان رهن عبدا يساوي الفا بالف ثم اعطاه عبدا آخر قيمته الف رهنا مكان الاول فالاول رهن حتى
يرده الراهن والمرتهن في الآخر امين حتى يجعله مكان الاول لان الاول انما دخل في ضمانه بالقبض والدين
وهما باقيان فلا يخرج عن الضمان الا بنقض القبض ما دام الدين باقيا واذا بقي الاول في ضمانه لا
يدخل الثاني في ضمانه لانهما رضيا بدخول احدهما فيه لا بدخولهما فاذا رد الاول دخل الثاني
في ضمانه ثم قيل يشترط تجديد القبض لان يد المرتهن في الثاني يد امانة ويد الرهن يد استيفا
وضمان فلا ينوب عنه كمن له على آخر جياد فاستوفى زيوفا ظنها جيادا ثم علم بالزيافة وطالبه بالجياد
واخذها فان الجياد امانة في يده ما لم يرد الزيوف ويجدد القبض وقيل لا يشترط لان
الرهن تبرع كالهبة على ما بيناه من قبل وقبض الامانة ينوب عن قبض الهبة ولان الرهن عينه امانة
والقبض يرد على العين فينوب قبض الامانة عن قبض العين ولو ابرأ المرتهن الراهن عن الدين او
وهبه منه ثم هلك الرهن في يد المرتهن يهلك بغير شيء استحسانا خلافا لزفر لان الرهن مضمون
بالدين او بجهته عند توهم الوجود كما في الدين الموعود ولم يبق الدين بالابراء والهبة ولا جهته
لسقوطه الا اذا احدث منعا لانه يصير غاصبا اذ لم يبق له ولاية المنع وكذا اذا ارتهنت المرأة
رهنا بالصداق فابرأته او وهبته او ارتدت والعياذ بالله قبل الدخول او اختلعت منه على
صداقها ثم هلك الرهن في يدها يهلك من غير شيء في هذا كله ولم تضمن شيئا لسقوط الدين
كما في الابراء ولو استوفى المرتهن الدين بايفاء الراهن او بايفاء متطوع ثم هلك الرهن في يده
يهلك بالدين ويجب عليه رد ما استوفى الى من استوفى منه وهو من عليه او المتطوع لانه
وجه الابراء الفرق ان الابراء يسقط الدين اصلا كما ذكرناه وبالاستيفاء لا يسقط لقيام الموجب
الا انه يتعذر الاستيفاء لعدم الفائدة لانه يعقب مطالبة مثله فاما هو في نفسه قائم فاذا هلك
يتقرر الاستيفاء الاول فانتقض الاستيفاء الثاني وكذا اذا اشترى بالدين عينا او صالح عليه
على عين لانه استيفاء وكذلك اذا احال الراهن المرتهن بالدين على غيره ثم هلك الرهن بطلت
الحوالة ويهلك بالدين لانه في معنى البراءة بطريق الاداء لانه يزول به عن ملك المحيل مثل
ما كان له على المحتال عليه وما يرجع عليه ان لم يكن للمحيل على المحتال عليه دين لانه بمنزلة
الوكيل وكذا لو تصادقا ان لا دين ثم هلك الرهن يهلك بالدين لتوهم وجوب الدين
بالتصادق على قيامه فيكون الجهة باقية بخلاف الابراء

كتاب الجنايات

القتل على خمسة اوجه عمد وشبه عمد وخطأ وما اجري مجرى الخطأ والقتل بسبب والمراد بيان
قتل يتعلق به الاحكام قال فالعمد ما تعمد ضربه بسلاح او ما اجري مجرى السلاح في تفريق
الاجزاء كالمحدد من الخشب وليطة القصب والمروة المحددة والنار لان العمد هو القصد ولا
يوقف عليه الا بدليله وهو استعمال الآلة فكان متعمدا فيه عند ذلك وموجب ذلك المأثم
لقوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم الآية وقد نطقت غير واحد من السنة وعليه
انعقد اجماع الامة قال والقود لقوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى الآية تقيد بوصف
العمدية لقوله عليه السلام العمد قود اي موجبه ولان الجناية بها تتكامل وحكمة الزجر عليها
تتوفر والعقوبة المتناهية لا تشرع لما دون ذلك قال الا ان يعفو الاولياء او يصالحوا لان
الحق لهم ثم هو واجب عينا وليس للولي اخذ الدية الا برضا القاتل لانه تعين بدفعها للهلاك
فيجوز بدون رضاه وفي قول الواجب احدهما لا بعينه ويتعين باختياره لان حق العبد شرع
جابرا وفي كل واحد نوع جبر فيتخير ولنا ما تلونا من الكتاب ورويناه من السنة ولان المال
لا يصلح موجبا لعدم المماثلة والقصاص يصلح للتماثل وفيه مصلحة الاحياء زجرا وجبرا فيتعين
وفي الخطأ وجوب المال ضرورة صون الدم عن الاهدار ولا يتيقن بعدم قصد الولي بعد اخذ المال
فلا يتعين مدفعا للهلاك ولا كفارة فيه عندنا وعند الشافعي تجب لان الحاجة الى التكفير
في العمد اشد منها الى الخطأ فكان ادعى الى ايجابها ولنا انه كبيرة محضة وفي الكفارة
معنى العبادة فلا يناط بمثلها ولان الكفارة من المقادير وتعينها في الشرع لدفع الادنى
لا يعينها لدفع الاعلى ومن حكمه حرمان الميراث لقوله عليه السلام لا ميراث للقاتل قال وشبه
العمد عند ابي حنيفة ان يتعمد الضرب بما ليس بسلاح ولا اجري مجرى السلاح وقال ابو يوسف
ومحمد وهو قول الشافعي اذا ضربه بحجر عظيم او بخشبة عظيمة فهو عمد وشبه العمد ان يتعمد
ضربه بما لا يقتل به غالبا لانه يتقاصر معنى العمدية باستعمال آلة صغيرة لا يقتل بها غالبا لما انه يقصد
بها غيره كالتأديب ونحوه فكان شبه العمد ولا يتقاصر باستعمال آلة لا تلبث لانه لا يقصد به
الا القتل كالسيف فكان عمدا موجبا للقود وله قوله عليه السلام الا ان قتيل خطأ العمد
قتيل السوط والعصا وفيه مائة من الابل ولان الآلة موضوعة للقتل ولا مستعمل فيه اذ لا
يمكن استعمالها على غرة من المقصود قتله وبه يحصل القتل غالبا فقصرت العمدية نظرا الى
الآلة فكان شبه العمد كالقتل بالسوط والعصا الصغيرة قال وموجب ذلك على
القولين الاثم لانه قتل وهو قاصد في الضرب والكفارة لشبهه بالخطأ والدية مغلظة
على العاقلة والاصل ان كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا بمعنى يحدث من بعد فهي على العاقلة
اعتبارا بالخطأ وتجب في ثلاث سنين لقضية عمر رضي الله عنه وتجب مغلظة وسنبين صفة التغليظ
من بعد ان شاء الله ويتعلق به حرمان الميراث لانه جزاء القتل والشبهة تؤثر في سقوط القصاص

دون حرمان الميراث ومالك رحمه الله وان انكر معرفة شبه العمد فالحجة عليه ما اسلفناه قال
والخطأ على نوعين خطأ في القصد وهو ان يرمي شخصا يظنه صيدا فاذا هو آدمي او يظنه حربيا
فاذا هو مسلم وخطأ في الفعل وهو ان يرمي غرضا فيصيب آدميا وموجب ذلك الكفارة والدية
لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى اهله الآية وهي على العاقلة في ثلاث سنين
لما بيناه ولا اثم فيه يعني في الوجهين قالوا المراد اثم القتل فاما في نفسه فلا يعرى عن الاثم
من حيث ترك العزيمة والمبالغة في التثبت في حال الرمي اذ شرع الكفارة يؤذن باعتبار
هذا المعنى ويحرم عن الميراث لان فيه اثما فيصح تعليق الحرمان به بخلاف ما اذا تعمد الضرب
موضعا من جسده فاخطأ واصاب موضعا آخر فمات حيث يجب القصاص لان القتل قد وجد
بالقصد الى بعض بدنه وجميع البدن كالمحل الواحد قال وما اجري مجرى الخطأ مثل النائم
ينقلب على رجل فيقتله فحكمه حكم الخطأ في الشرع واما القتل بسبب كحافر البئر وواضع الحجر
في غير ملكه وموجبه اذا تلف فيه آدمي الدية على العاقلة لانه سبب التلف وهو متعد فيه فانزل
موقعا دافعا فوجبت الدية ولا كفارة فيه ولا يتعلق به حرمان الميراث وقال الشافعي يلحق
بالخطأ في احكامه لان الشرع انزله قاتلا ولنا ان القتل معدوم منه حقيقة فالحق
في حق الضمان فبقي في حق غيره على الاصل وهو ان كان يأثم بالحفر في غير ملكه لا يأثم بالموت
على ما قالوا وهذه كفارة ذنب القتل وكذا الحرمان بسبب وما يكون شبه عمد في النفس
عمد فيما سواها لان اتلاف النفس يختلف باختلاف الآلة وما دونها لا يختص اتلافه بآلة
دون آلة

باب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه

قال القصاص واجب بقتل كل محقون الدم
على التأبيد اذا قتل عمدا اما العمدية فلما بيناه واما حقن الدم على التأبيد فلينتفي شبهة
الاباحة ويتحقق المساواة قال ويقتل الحر بالحر والحر بالعبد للعمومات وقال الشافعي
لا يقتل الحر بالعبد لقوله تعالى الحر بالحر والعبد بالعبد ومن ضرورة هذه المقابلة ان لا
يقتل حر بعبد ولان مبنى القصاص على المساواة وهي منتفية بين المالك والمملوك ولهذا
لا يقطع طرف الحر بطرفه بخلاف العبد بالعبد لانهما يتساويان وبخلاف العبد يقتل بالعبد
بالحر لانه تفاوت الى نقصان ولنا ان القصاص يعتمد المساواة في العصمة وهي بالدين
او بالدار ويستويان فيهما وجريان القصاص بين العبدين يؤذن بانتفاء شبهة الاباحة
والنص تخصيص بالذكر فلا ينفي ما عداه قال والمسلم بالذمي خلافا للشافعي له
قوله عليه السلام لا يقتل مؤمن بكافر ولانه لا مساواة بينهما وقت الجناية وكذا الكفر
مبيح فيورث الشبهة ولنا ما روي ان النبي عليه السلام قتل مسلما بذمي ولان المساواة
في العصمة ثابتة نظرا الى التكليف او الدار والمبيح كفر المحارب دون المسالم والقتل بمثله
يؤذن بانتفاء الشبهة والمراد بما روي الحربي لسياقه ولا ذو عهد في عهده والعطف للمغايرة

قال ولا يقتل بالمستأمن لانه غير محقون الدم على التأبيد وكذا كفره باعث على الحراب
لانه على قصد الرجوع ولا يقتل الذمي بالمستأمن لما بينا ويقتل المستأمن بالمستأمن قياسا للمساواة
ولا يقتل استحسانا لقيام المبيح ويقتل الرجل بالمرأة والكبير بالصغير والصحيح بالاعمى
والزمن وبناقص الاطراف وبالمجنون للعمومات ولان في اعتبار التفاوت فيما
وراء العصمة امتناع القصاص وظهور التقاتل والتفاني قال ولا يقتل الرجل بابنه
لقوله عليه السلام لا يقاد الوالد بولده وهو باطلاقه حجة على مالك في قوله يقاد اذا ذبحه
ذبحا ولانه سبب احيائه فمن المحال ان يستحق له افناؤه ولهذا لا يجوز له قتله وان وجده في
صف الاعداء مقاتلا او زانيا وهو محصن والقصاص يستحقه المقتول ثم يخلفه وارثه والجد
من قبل الرجال او النساء وان علا في هذا بمنزلة الاب وكذا الوالدة والجدة من قبل الاب
او الام قربت او بعدت لما بينا ويقتل الولد بالوالد لعدم المسقط قال ولا يقتل
الرجل بعبده ولا مدبره ولا مكاتبه ولا بعبد ولده لانه لا يستوجب لنفسه على نفسه القصاص
ولا ولده عليه وكذا لا يقتل بعبد ملك بعضه لان القصاص لا يتجزى قال ومن ورث
قصاصا على ابيه سقط لحرمة الابوة قال ولا يستوفى القصاص الا بالسيف وقال الشافعي
يفعل به مثل ما فعل ان كان فعلا مشروعا فان مات والا تحز رقبته لان مبنى القصاص
على المساواة ولنا قوله عليه السلام لا قود الا بالسيف والمراد به السلاح ولان فيما
ذهب اليه استيفاء الزيادة لو لم يحصل المقصود بمثل ما فعل فيتحرز عنه كما في كسر
العظم قال واذا قتل المكاتب عمدا وليس له وارث الا المولى وترك وفاء فله القصاص
عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا ادري في هذا قصاصا لانه اشتبه سبب الاستيفاء
فانه الولاء ان مات حرا والملك ان مات عبدا وصار كمن قال لغيره بعتني هذه الجارية بكذا
وقال المولى زوجتها منك لا يحل له وطؤها لاختلاف السبب كذا هذا ولهما ان حق الاستيفاء
للمولى بيقين على التقديرين وهو معلوم والحكم متحد واختلاف السبب لا يفضي الى المنازعة
ولا الى اختلاف حكم فلا يبالي به بخلاف تلك المسألة لان حكم ملك اليمين يغاير حكم النكاح
ولو ترك وفاء وله وارث غير المولى فلا قصاص لهم وان اجتمعوا مع المولى لانه اشتبه من له الحق
لانه المولى ان مات عبدا والوارث ان مات حرا اذ ظهر الاختلاف بين الصحابة في موته على نعت
الحرية او الرق بخلاف الاول لان المولى متعين فيهما وان لم يترك وفاء وله ورثة احرار وجب
القصاص للمولى في قولهم جميعا لانه مات عبدا بلا ريب لانفساخ الكتابة بخلاف معتق
البعض اذا قتل ولم يترك وفاء لان العتق في البعض لا ينفسخ بالعجز واذا قتل عبد الرهن
لم يجب القصاص حتى يجتمع الراهن والمرتهن لان المرتهن لا ملك له فلو تولاه والراهن لو تولاه
لبطل حق المرتهن في الدين فيشترط اجتماعهما ليسقط حق المرتهن برضاه قال واذا

قتل ولي المعتوه فللاب ان يقتل لانه من الولاية على النفس شرع لامر راجع اليها وهو تشفي
الصدر فيليه كالانكاح وله ان يصالح لانه انظر في حق المعتوه وليس له ان يعفو لان فيه
ابطال حقه وكذا ان قطعت يد المعتوه عمدا لما ذكرنا والوصي بمنزلة الاب في جميع ذلك
الا انه لا يقتل لانه ليس له ولاية على نفسه وهذا من جملته ويندرج تحت هذا الاطلاق
الصلح عن النفس واستيفاء القصاص في الطرف فانه لم يستثن الا القتل وفي كتاب الصلح ان الوصي
لا يملك الصلح لانه تصرف في النفس بالاعتياض عنه فينزل منزلة الاستيفاء ووجه المذكور ههنا
ان المقصود من الصلح المال وانه يجب بعقده كما يجب بعقد الاب بخلاف القصاص لان المقصود
التشفي وهو مختص بالاب ولا يملك العفو لان الاب لا يملكه لما فيه من الابطال فهو اولى وقالوا
القياس ان لا يملك الوصي الاستيفاء في الطرف كما لا يملكه في النفس لان المقصود متحد وهو
التشفي وفي الاستحسان يملكه لان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فانها خلقت وقاية
للانفس كالمال على ما عرف فكان استيفاؤه بمنزلة التصرف في المال والصبي بمنزلة المعتوه
في هذا والقاضي بمنزلة الاب في الصحيح الا ترى ان من قتل ولا ولي له يستوفيه السلطان
والقاضي بمنزلته فيه قال ومن قتل وله اولياء صغار وكبار فللكبار ان يقتلوا القاتل
عند ابي حنيفة وقالا ليس لهم ذلك حتى يدرك الصغار لان القصاص مشترك بينهم ولا يمكن
استيفاء البعض لعدم التجزي وفي استيفائهم الكل ابطال حق الصغار فيؤخر
بينهم ولا يمكن استيفاء البعض لعدم التجزي وفي استيفائهم الكل ابطال حق الصغار فيؤخر
الى ادراكهم كما اذا كان بين الكبيرين واحدهما غائب او كان بين المولين وله انه حق
لا يتجزى لثبوته بسبب لا يتجزى وهو القرابة واحتمال العفو من الصغير منقطع فيثبت لكل واحد
كما في ولاية الانكاح بخلاف الكبيرين لان احتمال العفو من الغائب ثابت ومسئلة المولين
ممنوعة قال ومن ضرب رجلا بمر فقتله فان اصابه بالحديد قتل به وان اصابه بالعود
فعليه الدية قال رضي الله عنه وهذا اذا اصابه بحد الحديد لوجود الجرح فكمل السبب
وان اصابه بظهر الحديد فعندهما يجب وهو رواية عن ابي حنيفة اعتبارا منه للآلة وهو الحديد
وعنه انما يجب اذا جرح وهو الاصح على ما بيناه ان شاء الله وعلى هذا الضرب بسنجات الميزان واما
اذا ضربه بالعود فانما يجب الدية لوجود قتل النفس المعصومة وامتناع القصاص حتى لا
يهدر الدم ثم قيل هو بمنزلة العصا الكبيرة فيكون قتله بالمثقل وفيه خلاف ابي حنيفة
على ما بيناه وقيل هو بمنزلة السوط وفيه خلاف الشافعي وهي مسئلة الموالاة له ان
الموالاة في الضربات دليل العمدية فيتحقق الموجب ولنا ما روينا الا ان قتيل خطأ العمد
ويروى شبه العمد الحديث ولان فيه شبهة عدم العمدية لان الموالاة قد تستعمل للتاديب او لعله
اعتراه القصد في خلال الضربات فيعري اول الفعل عنه وعساه اصاب المقتل والشبهة

دارئة للقود فوجب الدية قال ومن غرق صبيا او بالغا في البحر فلا قصاص عند ابي حنيفة
وقالا يقتص منه وهو قول الشافعي غير ان عندهما يستوفى حزا وعنده يغرق كما بيناه من قبل
لهم قوله عليه السلام من غرق غرقناه ولان الاله قاتلة واستعمالها امارة العمد به
ولا مرية في العصمة وله قوله عليه السلام الا ان قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا
وفيه وفي كل خطأ ارش ولان الآلة غير معدة للقتل ولا مستعملة فيه لتعذر استعماله فتمكنت
شبهة عدم العمدية ولان القصاص ينبئ عن المماثلة ومنه يقال اقتص اثره ومنه المقصة
للجلمين ولا تماثل بين الجرح والدق لقصور في الثاني عن تخريب الظاهر وكذا الابتلاء
في حكمه الزجر لان القتل بالسلاح غالب وبالمثقل نادر وما رواه غير مرفوع او هو محمول
على السياسة وقد اومت اليه اضافته الى نفسه فيه واذا امتنع القصاص وجبت الدية
وهي على العاقلة وقد ذكرناه والخلاف في الروايتين في الكفارة قال ومن جرح رجلا
عمدا فلم يزل صاحب فراش حتى مات فعليه القصاص لوجود السبب وعدم ما يبطل حكمه
في الظاهر فاضيف اليه قال واذا التقى الصفان من المسلمين والمشركين فقتل
مسلم مسلما ظن انه مشرك فلا قود وعليه الكفارة لان هذا احد نوعي الخطأ على ما بيناه
والخطأ بنوعيه لا يوجب القود ويوجب الكفارة وكذا الدية على ما نطق به نص الكتاب
ولما اختلفت سيوف المسلمين على اليمان ابي حذيفة رضي الله عنهما قضى رسول الله عليه السلام
بالدية قالوا انما تجب الدية اذا كانوا مختلطين فان كان في صف المشركين لا تجب لسقوط
عصمته بتكثير سوادهم قال عليه السلام من كثر سواد قوم فهو منهم قال ومن
شج نفسه وشجه رجل وعقره اسد واصابته حية فمات من ذلك كله فعلى الاجنبي ثلث
الدية لان فعل الاسد والحية جنس واحد لكونه هدرا في الدنيا والآخرة وفعله
بنفسه هدر في الدنيا معتبر في الآخرة حتى يأثم عليه وفي النوادر ان عند ابي حنيفة ومحمد
يغسل ويصلى عليه وفي شرح السير الكبير ذكر ان الصلاة عليه لخلاف المشايخ على ما
كتبنا في كتاب التجنيس والمزيد فلم يكن هدرا مطلقا وكان جنسا آخر وفعل الاجنبي
معتبر في الدنيا والآخرة فصارت ثلاثة اجناس فكان النفس تلفت بثلاثة افعال فيكون
التالف بفعل كل واحد ثلثه فيجب عليه ثلث الدية **فصل** ومن شهر على المسلمين
سيفا فعليهم ان يقتلوه لقوله عليه السلام من شهر على المسلمين سيفا فقد اطل دمه ولانه
باغ فتسقط عصمته ببغيه ولانه تعين طريقا لدفع القتل عن نفسه فله قتله وقوله
فعليهم وقوله لمحمد في اصل الجامع الصغير فحق على المسلمين ان يقتلوه اشارة الى الوجوب
والمعنى وجوب دفع الضرر وفي رقعة الجامع الصغير ومن شهر على رجل سلاحا ليلا

او نهارا او شهر عليه عصا ليلا في مصر او نهارا في طريق في غير مصر فقتله المشهور عليه
عمدا فلا شيء عليه لما بينا وهذا لان السلاح لا يلبث فيحتاج الى دفعه بالقتل والعصا
الصغير وان كان يلبث ولكن في الليل لا يلحقه الغوث فيضطر الى دفعه وكذا النهار
في غير المصر في الطريق لا يلحقه الغوث فاذا قتله كان دمه هدرا قالوا فان كان
عصا لا يلبث يحتمل ان يكون مثل السلاح عندهما قال وان شهر المجنون على غيره
سلاحا فقتله المشهور عليه عمدا فعليه الدية في ماله وقال الشافعي لا شيء عليه وعلى
هذا الخلاف الصبي والدابة وعن ابي يوسف انه يجب الضمان في الدابة ولا يجب في الصبي
والمجنون للشافعي انه قتله دفعا عن نفسه فيعتبر بالبالغ الشاهر ولانه يصير
محمولا على قتله بفعله فاشبه المكره ولابي يوسف ان فعل الدابة غير معتبر اصلا
حتى لو تحقق لا يوجب الضمان اما فعلهما معتبر في الجملة حتى لو حققا يجب عليهما
الضمان وكذا عصمتهما لحقهما وعصمة الدابة لحق مالكها فكان فعلهما مسقطا للعصمة
دون فعل الدابة ولنا انه قتل شخصا معصوما او اتلف مالا معصوما حقا
للمالك وفعل الدابة لا يصلح مسقطا وكذا فعلهما وان كانت عصمتهما حقهما لعدم
اختيار صحيح ولهذا لا يجب القتل بتحقق الفعل منهما بخلاف العاقل البالغ لان له
اختيارا صحيحا وانما لا يجب القصاص لوجود المبيح وهو دفع الشر فتجب الدية قال
ومن شهر على غيره سلاحا في المصر فضربه ثم قتله الاخر فعلى القاتل القصاص معناه
اذا ضربه فانصرف لانه خرج من ان يكون محاربا بالانصراف فعادت عصمته قال
ومن دخل عليه غيره ليلا واخرج السرقة فاتبعه وقتله فلا شيء عليه لقوله عليه السلام
قاتل دون مالك ولانه يباح له القتل دفعا في الابتداء فكذا استردادا في الانتهاء
وتاويل المسألة اذا كان لا يتمكن من الاسترداد الا بالقتل **باب القصاص فيما دون**

النفس قال ومن قطع يد غيره عمدا من المفصل قطعت يده وان كانت يده
اكبر من يد المقطوع لقوله تعالى والجروح قصاص وهو ينبئ عن المماثلة فكل ما
امكن رعايتها فيه يجب فيه القصاص وما لا فلا وقد امكن في القطع من المفصل
فاعتبر ولا معتبر بكبر اليد وصغرها لان منفعة اليد لا تختلف بذلك قال وكذلك
الرجل ومارن الانف والاذن لامكان رعاية المماثلة قال ومن ضرب عين
رجل فقلعها فلا قصاص عليه لامتناع المماثلة في القلع فان كانت قائمة فذهب
ضوءها فعليه القصاص لامكان المماثلة على ما قال في الكتاب يحمى له المرآة ويجعل على
وجهه قطن رطب وتقابل عينه بالمرآة فيذهب ضوءها وهو مأثور عن جماعة من
الصحابة رضي الله عنهم قال وفي السن القصاص لقوله تعالى والسن بالسن

وان كان سن المقتص منه اكبر من سن الآخر لان منفعة السن لا تتفاوت بالصغر والكبر
قال وفي كل شجة يتحقق فيها المماثلة القصاص لما تلونا قال ولا قصاص
في عظم الا في السن وهذا اللفظ مروي عن عمر وابن مسعود وقال عليه السلام لا قصاص
في العظم والمراد غير السن ولان اعتبار المماثلة في غير السن متعذر لاحتمال الزيادة
والنقصان بخلاف السن لانه يبرد بالمبرد ولو قلع من اصله يقلع الثاني فيتماثلان
قال وليس فيما دون النفس شبه عمد انما هو عمد او خطأ لان شبه العمد يعود
الى الآلة والقتل هو الذي يختلف باختلافها دون ما دون النفس لانه لا يختلف
اتلافه باختلاف الآلة فلم يبق الا العمد والخطأ ولا قصاص بين الرجل والمرأة فيما
دون النفس ولا بين الحر والعبد ولا بين العبدين خلافا للشافعي في جميع ذلك
الا في الحر يقطع طرف العبد ويعتبر الاطراف بالانفس لكونها تابعة لها ولنا
ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فينعدم التماثل بالتفاوت في القيمة وهو
معلوم قطعا بتقويم الشرع فامكن اعتباره بخلاف التفاوت في البطش لانه لا ضابط
له فاعتبر اصله وبخلاف الانفس لان المتلف ازهاق الروح ولا تفاوت فيه ويجب
القصاص في الاطراف بين المسلم والكافر للتساوي بينهما في الارش قال ومن
قطع يد رجل من نصف الساعد او جرحه جائفة فبرأ منها فلا قصاص عليه لانه لا يمكنه
اعتبار المماثلة فيه اذ الاول كسر العظم ولا ضابط في الثاني وكذا البرء نادر فيفضي
الثاني الى الهلاك ظاهرا قال واذا كانت يد المقطوع صحيحة ويد القاطع شلاء
او ناقصة الاصابع فالمقطوع بالخيار ان شاء قطع اليد المعيبة ولا شيء له غيرها وان شاء
اخذ الارش كاملا لان استيفاء الحق كملا متعذر فله ان يتجوز بدون حقه وله ان
يعدل الى العوض كالمثلي اذا انصرم عن ايدي الناس بعد الاتلاف ثم اذا استوفاها
ناقصا فقد رضي به فيسقط حقه كما اذا رضي بالرديء مكان الجيد ولو سقطت المؤوفة
قبل اختيار المجني عليه او قطعت ظلما فلا شيء له عندنا لان حقه متعين في القصاص
وانما ينتقل الى المال باختياره فيسقط بفواته بخلاف ما اذا قطعت بحق عليه من
قصاص او سرقة حيث يجب عليه الارش لانه اوفى به حقا مستحقا فصارت سالمة له
معنى ومن شج رجلا فاستوعبت الشجة ما بين قرنيه وهي لا تستوعب ما بين قرني الشاج
فالمشجوج بالخيار ان شاء اقتص بمقدار شجته يبتدئ من اي الجانبين شاء وان شاء
اخذ الارش لان الشجة موجبة لكونها مشينة فيزداد الشين بزيادتها وفي استيفاء
ما بين قرني الشاج زيادة على ما فعل ولا يلحقه من الشين باستيفائه قدر حقه فيلحق
المشجوج فينتقص فيتخير كما في الشلاء والصحيحة وفي عكسه يتخير ايضا لانه يتعذر الاستيفاء

كلها للتعدي الى غير حقه وكذا اذا كانت الشجة في طول الراس وهي تاخذ من جبهته الى قفاه
ولا تبلغ الى قفا الشاج فهو بالخيار لان المعنى لا يختلف قال ولا قصاص في اللسان
ولا في الذكر وعن ابي يوسف انه اذا قطع من اصله يجب لانه يمكن اعتبار المساواة ولنا
انه ينقبض وينبسط فلا يمكن اعتبار المساواة الا ان يقطع الحشفة لان موضع القطع
معلوم كالمفصل ولو قطع بعض الحشفة او بعض الذكر فلا قصاص لان البعض
لا يعلم مقداره بخلاف الاذن اذا قطع كله او بعضه لانه لا ينقبض ولا ينبسط وله
حد يعرف فيمكن اعتبار المساواة والشفة اذا استقصاها بالقطع يجب القصاص لامكان
اعتبار المساواة بخلاف ما اذا قطع بعضها لانه يتعذر اعتبارها مساواة

فصل

واذا اصطلح القاتل واولياء القتيل على مال سقط القصاص ووجب المال قليلا كان او
كثيرا لقوله تعالى فمن عفي له من اخيه شيء الاية على ما قيل نزلت في الصلح وقوله عليه السلام
من قتل له قتيل الحديث والمراد والله اعلم الاخذ بالرضا على ما بيناه وهو الصلح بعينه
ولانه حق ثابت للورثة يجري فيه الاسقاط عفوا فكذا تعويضا لاشتماله على احسان
الاولياء واحياء القاتل فيجوز بالتراضي والقليل والكثير فيه سواء لانه ليس فيه نص
مقدر فيفوض الى اصطلاحهما كالخلع وغيره وان لم يذكروا حالا ولا مؤجلا فهو حال
لانه مال واجب بالعقد والاصل في امثاله الحلول نحو المهر والثمن بخلاف الدية لانها
ما وجب بالعقد قال وان كان القاتل حرا وعبدا فامر الحر ومولى العبد رجلا
بان يصالح عن دمهما على الف ففعل فالالف على الحر والمولى نصفان لان عقد الصلح اضيف
اليهما واذا عفا احد الشركاء من الدم او صالح من نصيبه على عوض سقط حق الباقين
من القصاص وكان لهم نصيبهم من الدية واصل هذا ان القصاص حق جميع الورثة وكذا
الدية خلافا لمالك والشافعي رحمهما الله في الزوجين لهما ان الوراثة خلافة وهي
بالنسب دون السبب لانقطاعه بالموت ولنا انه عليه السلام امر بتوريث امرأة
اشيم الضبابي من عقل زوجها اشيم واذا ثبت حق يجري فيه الارث حتى ان من قتل وله ابنان
فمات احدهما عن ابن كان القصاص بين الصلبي وابن الابن فيثبت لسائر الورثة والزوجية
تبقى حكما بعد الموت في حق الارث او يثبت بعد الموت مستندا الى سببه وهو الجرح
واذا ثبت للجميع فكل منهم يتمكن من الاستيفاء والاسقاط عفوا وصلحا ومن ضرورة
سقوط حق البعض في القصاص سقوط حق الباقين فيه لانه لا يتجزى بخلاف ما اذا
قتل رجلين وعفا احد الوليين لان الواجب قصاصان من غير شبهة لاختلاف القتل
والمقتول وهنا واحد لاتحادهما واذا سقط القصاص ينقلب نصيب
الباقين مالا لانه امتنع لمعنى راجع الى القاتل وليس للعافي شيء من المال لانه اسقط حقه

بفعله

بفعله ورضاه ثم يجب ما يجب من المال في ثلاث سنين وقال زفر يجب في سنتين فيما اذا
كان بين شريكين فعفا احدهما لان الواجب نصف الدية فيعتبر بما اذا قطعت يده خطأ
ولنا ان هذا بعض بدل الدم وكله مؤجل الى ثلاث سنين فكذلك بعضه فاما الواجب
في اليد كل بدل الطرف وهو في سنتين في الشرع ويجب في ماله لانه عمد قال واذا
قتل جماعة واحدا عمدا اقتص من جميعهم لقول عمر رضي الله عنه فيه لو تمالأ عليه اهل
صنعاء لقتلتهم ولان القتل بطريق التغالب غالب والقصاص مزجرة للسفهاء فيجب
تحقيقا لحكمة الاحياء واذا قتل واحد جماعة فحضر اولياء المقتولين قتل لجماعتهم ولا شيء لهم
غير ذلك فان حضر واحد منهم قتل له وسقط حق الباقين وقال الشافعي يقتل بالاول منهم
ويجب للباقين المال وان اجتمعوا ولم يعرف الاول قتل لهم وقسمت الديات بينهم وقيل
يقرع بينهم فيقتل لمن خرجت قرعته وله ان الموجود من الواحد قتلات والذي
تحقق في حقه قتل واحد فلا تماثل وهو القياس في الفصل الاول الا انه عرف بالشرع
ولنا ان كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال فجاء التماثل اصله الفصل الاول اذ لو لم
يكن كذلك لما وجب القصاص ولانه وجد من كل واحد جرح صالح للازهاق فيضاف الى
كل منهم اذ هو لا يتجزى ولان القصاص شرع مع المنافي لتحقق الاحياء وقد حصل بقتله
فاكتفى به قال ومن وجب عليه القصاص اذا مات سقط القصاص لفوات محل الاستيفاء
فاشبه موت العبد الجاني ويتأتى فيه خلاف الشافعي اذ الواجب احدهما عنده قال واذا
قطع رجلان يد رجل واحد فلا قصاص على واحد منهما وعليهما نصف الدية وقال الشافعي
يقطع يداهما والمفروض اذا اخذا سكينا وامراه على يده حتى انقطعت له الاعتبار
بالانفس والايدي تابعة لها فاخذت حكمها او يجمع بينهما بجامع الزجر ولنا ان كل
واحد منهما قاطع بعض اليد لان الانقطاع حصل باعتماديهما والمحل متجزى فيضاف الى كل واحد
البعض فلا مماثلة بخلاف النفس لان الانزهاق لا يتجزى ولان القتل بطريق الاجتماع غالب
حذار الغوث والاجتماع على قطع اليد من المفصل في حيز الندرة لافتقاره الى مقدمات
بطيئة فيلحقه الغوث قال وعليهما نصف الدية لانه دية اليد الواحدة وهما قطعاها
وان قطع واحد يميني رجلين فحضرا فلهما ان يقطعا يده وياخذا منه نصف الدية يقتسمانه
نصفين سواء قطعهما معا او على التعاقب وقال الشافعي في التعاقب يقطع بالاول
وفي القران يقرع لان اليد استحقها الاول فلا يثبت الاستحقاق فيها للثاني كالرهن
بعد الرهن وفي القران اليد الواحدة لا تفي بالحقين فيرجح بالقرعة ولنا انهما استويا
في سبب الاستحقاق فيستويان في حكمه كالغريمين في التركة والقصاص ملك الفعل يثبت
مع المنافي فلا يظهر الا في حق الاستيفاء اما المحل فخال عنه فلا يمنع ثبوت الثاني بخلاف الرهن

لان الحق في المحل فصار كما اذا قطع العبد يمينيهما على التعاقب يستحق رقبته لهما وان خص واحدا
منهما فقطع يده فلا مر على نصف العبد لان للحاضر ان يستوفي لثبوت حقه وتردد حق الغائب
واذا استوفى لم يبق محل الاستيفاء فيتعين حق الاخر في الدية لانه اوفى به حقا مستحقا
واذا اقر العبد بقتل العمد لزمه القود وقال زفر لا يصح اقراره لانه يلاقي حق المولى بالابطال
فصار كما اذا اقر بالمال ولنا انه غير متهم فيه لانه مضر به فيقبل ولان العبد مبقى على اصل الحرية
في حق الدم عملا بالادمية حتى لا يصح اقرار المولى عليه بالحد والقصاص وبطلان حق المولى بطريق
الضمن فلا يبالي به قال ومن رمى رجلا عمدا فنفذ السهم منه الى اخر فماتا فعليه القصاص
للاول والدية للثاني على عاقلته لان الاول عمد والثاني احد نوعي الخطأ كانه رمى الى صيد
فاصاب آدميا والفعل يتعدد بتعدد الاثر **فصل** ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله عمدا قبل
ان تبرأ يده او قطع يده عمدا ثم قتله خطأ او قطع يده خطأ فبرأت يده ثم قتله خطأ او قطع يده عمدا
فبرأت ثم قتله عمدا فانه يؤخذ بالامرين جميعا والاصل فيه ان الجمع بين الجراحات واجب ما امكن
تتميما للاول لان القتل في الاعم يقع بضربات متعاقبة وفي اعتبار كل ضربة بنفسها بعض الحرج
الا ان لا يمكن الجمع فيعطى كل واحد حكم نفسه وقد تعذر الجمع في هذه الفصول في الاولين
لاختلاف حكم الفعلين وفي الاخرين لتخلل البرء وهو قاطع للسراية حتى لو لم يتخلل وقد
تجانسا بان كانا خطأين يجمع بالاجماع لامكان الجمع واكتفى بدية واحدة وان كان قطع يده عمدا
ثم قتله عمدا قبل ان تبرأ يده فان شاء الامام قال اقطعوه ثم اقتلوه وان شاء قال اقتلوه
وهذا عند ابي حنيفة وقالا يقتل ولا يقطع يده لان الجمع ممكن لتجانس الفعلين وعدم تخلل
البرء فيجمع بينهما وله ان الجمع متعذر اما للاختلاف بين الفعلين هذين لان الموجب
القود وهو يعتمد المساواة في الفعل وذلك بان يكون القتل بالقتل والقطع بالقطع وهو
متعذر او لان الحز يقطع اضافة السراية الى القطع حتى لو صدر من شخصين يجب القود
على الحاز فصار كتخلل البرء بخلاف ما اذا قطع وسرى لان الفعل واحد وبخلاف ما اذا كان
خطأين لان الموجب الدية وهي بدل النفس من غير اعتبار المساواة ولان ارش اليد انما
يجب عند استحكام اثر الفعل وذلك بالحز القاطع للسراية فيجتمع ضمان الكل وضمان الجزء
في حالة واحدة ولا يجتمعان اما القتل والقطع فقصاصان يجتمعان قال ومن ضرب رجلا
مائة سوط فبرأ من تسعين ومات من عشرة ففيه دية واحدة لانه لما برأ منها لا يبقى معتبرا
في حق الارش وان بقيت في حق التعزير فيبقى الاعتبار للعشرة وكذلك كل جراحة اندملت
ولم يبق لها اثر على اصل ابي حنيفة وعن ابي يوسف في مثله حكم عدل وعن محمد انه يجب اجرة الطبيب
وان ضرب رجلا مائة سوط وجرحته وبقي لها اثر يجب حكومة العدل لبقاء الاثر والارش انما
يجب باعتبار الاثر في النفس قال ومن قطع يد رجل فعفا المقطوعة يده عن القطع ثم مات

من ذلك فعلى القاطع الدية في ماله وان عفا عن القطع وما يحدث منه ثم مات من ذلك فهو
عفو عن النفس ثم ان كان خطأ فهو من الثلث وان كان عمدا فهو من جميع المال وهذا عند
ابي حنيفة وقالا اذا عفا عن القطع فهو عفو عن النفس ايضا وعلى هذا الاختلاف اذا عفا
عن الشجة ثم سرى الى النفس ومات لهما ان العفو عن القطع عفو عن موجبه
وموجبه القطع لو اقتصر او القتل اذا سرى فكان العفو عنه عفوا عن احد موجبيه ايهما
كان ولان اسم القطع يتناول الساري والمقتصر فيكون العفو عن القطع عفوا عن نوعيه
وصار كما اذا عفا عن الجناية فانه يتناول السارية والمقتصرة كذا هذا وله ان سبب
الضمان قد تحقق وهو قتل نفس معصومة متقومة والعفو لم يتناوله بصريحه لانه
عفا عن القطع وهو غير القتل وبالسراية تبين ان الواقع قتل وحقه فيه ونحن نوجب
ضمانه وكان ينبغي ان يجب القصاص وهو القياس لانه هو الموجب للعمد الا ان في الا
ستحسان تجب الدية لان صورة العفو اورثت شبهة وهي دارئة للقود ولا نسلم ان
الساري نوع من القطع وان السراية صفة له بل الساري قتل من الابتداء وكذا لا يجب
له من حيث كونه قطعا فلا يتناوله العفو بخلاف العفو عن الجناية لانه اسم جنس وبخلاف
العفو عن الشجة وما يحدث منها لانه صريح العفو عن السراية والقتل ولو كان القطع
خطأ فقد اجراه مجرى العمد في هذه الوجوه وفاقا وخلافا آذن بذلك اطلاقه الا انه
اذا كان خطأ فهو من الثلث وان كان عمدا فهو من جميع المال لان موجب العمد القود
ولم يتعلق به حق الورثة لما انه ليس بمال فصار كما اذا اوصى باعارة ارضه اما الخطأ
فموجبه المال وحق الورثة يتعلق به فيعتبر من الثلث قال واذا قطعت المرأة يد
رجل فتزوجها على يده ثم مات فلها مهر مثلها وعلى عاقلتها الدية ان كان خطأ وان
كان عمدا ففي مالها وهذا عند ابي حنيفة لان العفو عن اليد اذا لم يكن عفوا عما يحدث
منه عنده فالتزوج على اليد لا يكون تزوجا على ما يحدث منه ثم القطع اذا كان يكون
هذا تزوجا على القصاص في الطرف وهو ليس بمال فلا يصلح مهرا لا سيما على
تقدير السقوط فيجب مهر المثل وعليها الدية في مالها لان التزوج وان كان يتضمن
العفو على ما بينا لكن عن القصاص في الطرف في هذه الصورة واذا سرى تبين انه
قتل النفس ولم يتناوله العفو فتجب الدية في مالها لانه عمد والقياس ان يجب القصاص
على ما بيناه واذا وجب لها مهر المثل وعليها الدية يقع التقاص ان كانا على السواء فان
كان في الدية فضل ترده على الورثة وان كان في المهر فضل ترده الورثة عليها واذا كان القطع
خطأ يكون هذا تزوجا على ارش اليد واذا سرى الى النفس تبين انه لا ارش لليد وان المسمى
معدوم فيجب مهر المثل كما اذا تزوجها على ما في اليد ولا شيء فيها ولا يتقاصان لان الدية

تجب على العاقلة في الخطأ والمهر لها قال ولو تزوجها على اليد وما يحدث منها
او على الجناية ثم مات من ذلك والقطع عمد فلها مهر مثلها لان هذا تزوج على القصاص
وهو لا يصلح مهرا فيجب مهر المثل على ما بيناه وصار كما اذا تزوجها على خمر او خنزير ولا
شيء عليها لانه لما جعل القصاص مهرا فقد رضي بسقوطه بجهة المهر فيسقط اصلا كما اذا
اسقط القصاص بشرط ان يصير مالا فانه يسقط اصلا وان كان خطأ يرفع عن العاقلة مهر مثلها
ولهم ثلث ما ترك وصية لان هذا تزوج على الدية وهي تصلح مهرا الا انه يعتبر بقدر
مهر المثل من جميع المال لانه مريض مرض الموت والتزوج من الحوائج الاصلية ولا يصح
في حق الزيادة على مهر المثل لانه محاباة فيكون وصية ويرفع عن العاقلة لانهم يتحملون
عنها فمن المحال ان ترجع عليهم بموجب جنايتها وهذه الزيادة وصية لهم لانهم من اهل
الوصية لما انهم ليسوا بقتلة فان كانت تخرج من الثلث تسقط وان لم تخرج يسقط
ثلثه وقال ابو يوسف ومحمد كذلك الجواب فيما اذا تزوجها على اليد لان العفو عن اليد
عفو عما يحدث منه عندهما فاتفق جوابهما في الفصلين قال ومن قطعت يده
فاقتص له من اليد ثم مات فانه يقتل المقتص منه لانه تبين ان الجناية كانت قتل عمد
وحق المقتص له القود واستيفاء القطع لا يوجب سقوط القود كمن له القود اذا استوفى
طرف من عليه القود وعن ابي يوسف انه سقط حقه في القصاص لانه لما اقدم على القطع
فقد ابرأه عما وراءه ونحن نقول انما اقدم على القطع ظنا منه ان حقه فيه وبعد السراية
تبين انه في القود فلم يكن مبرئا عنه بدون العلم به قال ومن قتل وليه عمدا فقطع
يد قاتله ثم عفا وقد قضي له بالقصاص او لم يقض فعلى قاطع اليد دية اليد عند
ابي حنيفة وقالا لا شيء عليه لانه استوفى حقه فلا يضمنه وهذا لانه استحق اتلاف النفس
بجميع اجزائه ولهذا لو لم يعف لا يضمنه وكذا اذا سرى او ما عفا وما سرى او قطع
ثم حز رقبته قبل البرء او بعده وصار كما اذا كان له قصاص في الطرف فقطع اصابعه
ثم عفا لا يضمن الاصابع وله انه استوفى غير حقه لان حقه في القتل وهذا قطع
وابانة وكان القياس ان يجب القصاص الا انه سقط للشبهة فان له ان يتلفه تبعا
واذا سقط وجب المال وانما لا يجب في الحال لانه يحتمل ان يصير قتلا بالسراية فيكون
مستوفيا حقه وملك القصاص في كل النفس ضروري لا يظهر الا عند الاستيفاء او
العفو والاعتياض لما انه تصرف فيه فاما قبل ذلك لم يظهر لعدم الضرورة بخلاف ما اذا
سرى لانه استيفاء واما اذا لم يعف وما سرى قلنا انما يتبين كونه قطعا بغير حق بالبرء
حتى لو قطع ولم يعف وبرأ الصحيح انه على الخلاف واذا قطع ثم حز رقبته قبل البرء
فهو استيفاء ولو حز بعد البرء فهو على الخلاف هو الصحيح والاصابع وان كانت

تابعة قياما بالكف فالكف تابعة لها عرضا بخلاف الطرف لانها تابعة للنفس من كل وجه قال
ومن له القصاص في الطرف اذا استوفاه ثم سرى الى النفس ومات يضمن دية النفس عند ابي حنيفة
وقالا لا يضمن لانه استوفى حقه وهو القطع ولا يمكن التقييد بوصف السلامة لما فيه
من سد باب القصاص اذ الاحتراز عن السراية ليس في وسعه فصار كالامام والبزاغ و
الحجام والمأمور بقطع اليد وله انه قتل بغير حق لان حقه في القطع وهذا وقع
قتلا ولهذا لو وقع ظلما كان قتلا ولانه جرح افضى الى فوات الحياة في مجرى العادة
وهو مسمى القتل الا ان القصاص سقط للشبهة فوجب المال بخلاف ما استشهد
به من المسائل لانه مكلف فيها بالفعل اما تقلدا كالامام او عقدا كما هو في غيره منها
والواجبات لا تتقيد بوصف السلامة كالرمي الى الحربي وفيما نحن فيه لا التزام ولا وجوب
اذ هو مندوب الى العفو فيكون من باب الاطلاق فاشبه الاصطياد

باب الشهادة في القتل

ومن قتل وله ابنان حاضر وغائب فاقام الحاضر البينة على القتل
ثم قدم الغائب فانه يعيد البينة عند ابي حنيفة وقالا لا يعيدها وان كان خطأ لم يعدها
بالاجماع وكذا الدين يكون لابيهما على الاخر لهما في الخلافية ان القصاص طريقه
طريق الوراثة كالدين وهذا لانه عوض عن نفسه فيكون الملك فيه لمن له الملك في المعوض
كما في الدية ولهذا لو انقلب مالا يكون للميت ولهذا يسقط بعفوه بعد الجرح قبل الموت
فينتصب احد الورثة خصما عن الباقين وله ان القصاص طريقه الخلافة دون
الوراثة الا ترى انه يثبت بعد الموت والميت ليس من اهله بخلاف الدين والدية
لانه من اهل الملك في الاموال كما اذا نصب شبكة فتعقل بها صيد بعد موته فانه
يملكه واذا كان طريقه الاثبات ابتداء لا ينتصب احدهم خصما عن الباقين فيعيد
البينة بعد حضوره فان كان اقام القاتل البينة ان الغائب قد عفا فالشاهد خصم
ويسقط القصاص لانه ادعى على الحاضر سقوط حقه في القصاص الى مال ولا يمكنه
اثباته الا باثبات العفو من الغائب فينتصب الحاضر خصما عن الغائب وكذلك العبد بين
رجلين قتل عمدا واحد الرجلين غائب فهو على هذا الذي بيناه قال فان كان الاولياء
ثلاثة فشهد اثنان منهم على الآخر انه قد عفا فشهادتهما باطلة وهو عفو منهما لانهما
يجران بشهادتهما الى انفسهما مغنما وهو انقلاب القود مالا فان صدقهما القاتل
فالدية بينهم اثلاثا معناه اذا صدقهما وحده لانه لما صدقهما فقد اقر بثلثي الدية لهما
فيصح اقراره الا انه يدعي سقوط حق المشهود عليه وهو ينكر فلا يصدق ويغرم نصيبه
وان كذبهما فلا شيء لهما وللآخر ثلث الدية معناه اذا كذبهما القاتل ايضا وهذا لانهما
اقرا على انفسهما بسقوط القصاص فقبل وادعيا انقلاب نصيبهما مالا فلا يقبل الا بحجة

وينقلب نصيبهما مالا لان دعواهما العفو عليه وهو ينكر بمنزلة ابتداء
العفو منهما في حق المشهود عليه لان سقوط القود مضاف اليهما وان صدقهما المشهود عليه
وحده غرم القاتل ثلث الدية للمشهود عليه لاقراره له بذلك ولكنه يصرف الى الشاهدين
وهذا استحسان والقياس ان لا يلزمه شيء لان ما ادعاه الشاهدان على القاتل لم
يثبت لانكاره وما اقر به للمشهود عليه قد بطل بتكذيبه وجه الاستحسان
ان القاتل بتكذيبه الشاهدين اقر للمشهود عليه بثلث الدية لزعمه ان القصاص
سقط بدعواهما العفو على الغائب وانقلب نصيبه مالا والغائب لما صدق الشاهد
في العفو فقد زعم ان نصيبهما انقلب مالا فصار مقرا لهما بما اقر به القاتل له فيجوز
اقراره بذلك بمنزلة ما لو اقر لرجل بالف درهم فقال المقر له هي لاخر ليست لي
لكنها لفلان جاز وصار الالف لفلان كذا هذا قال واذا شهد الشهود انه ضربه
فلم يزل صاحب فراش حتى مات فعليه القود اذا كان عمدا لان الثابت بالشهادة كا
لثابت معاينة وفي ذلك القصاص على ما بيناه والشهادة على قتل العمد يتحقق على هذا
الوجه لان الموت بسبب الضرب انما يعرف اذا صار بالضرب صاحب فراش حتى مات
وتاويله اذا شهدوا انه ضربه بشيء جارح قال واذا اختلف شاهدا القتل في الايام
او في البلدان او في الذي كان به القتل فهو باطل لان القتل لا يعاد ولا يكرر والقتل
في زمان او في مكان غير القتل في زمان او مكان آخر والقتل بالعصا غير القتل بالسلاح
لان الثاني عمد والاول شبه العمد فيختلف احكامهما فكان على كل قتل شهادة فرد وكذا
اذا قال احدهما قتله بعصا وقال الاخر لا ادري باي شيء قتله ففيه الدية استحسانا
والقياس ان لا يقبل هذه الشهادة لان القتل يختلف باختلاف الالة فجهل المشهود به
وجه الاستحسان انهم شهدوا بقتل مطلق والمطلق ليس بمجمل فيجب اقل موجبيه وهو
الدية ولانه يحمل اجمالهم في الشهادة على اجمالهم بالمشهود عليه سترا عليه واو لوا
كذبهم في نفي العلم ظاهر ما ورد باطلاقه في اصلاح ذات البين وهذا في معناه فلا
يثبت الاختلاف بالشك ويجب الدية في ماله لان الاصل في الفعل العمد فلا يلزم العاقلة
واذا اقر رجلان كل واحد منهما انه قتل فلانا فقال الولي قتلتماه جميعا فله ان يقتلهما
وان شهدوا على رجل انه قتل وشهد آخرون على آخر بقتله وقال الولي قتلتماه جميعا بطل
ذلك والفرق ان الاقرار والشهادة يتناول كل منهما وجود كل القتل ووجوب القصاص
وقد حصل التكذيب في الاول من المقر له والمشهود له غير ان تكذيب المقر له المقر في بعض ما
اقر به لا يبطل اقراره في الباقي وتكذيب المشهود له الشاهد في بعض ما شهد به يبطل شهادته
اصلا لان التكذيب تفسيق وفسق الشاهد يمنع القبول اما فسق المقر لا يمنع صحة الاقرار

باب

باب في اعتبار حالة القتل قال ومن رمى مسلما فارتد المرمي اليه والعياذ بالله ثم
وقع به السهم فعلى الرامي الدية عند ابي حنيفة وقالا لا شيء عليه لانه بالارتداد سقط تقوم
نفسه فيكون مبرئا للرامي عن موجبه كما اذا ابراه بعد الجرح قبل الموت وله ان الضمان يجب
بفعله وهو الرمي اذ لا فعل منه بعده فيعتبر حالة الرمي والمرمي اليه فيها متقوم ولهذا يعتبر
حالة الرمي في حق الحل حتى لا يحرم بردة الرامي بعد الرمي وكذا في حق التكفير حتى جاز بعد الجرح
قبل الموت والمفعول وان كان عمدا فالقود سقط للشبهة ووجب الدية ولو رمى اليه وهو
مرتد فاسلم ثم وقع السهم فلا شيء عليه في قولهم جميعا وكذا اذا رمى حربيا فاسلم لان
الرمي ما انعقد موجبا للضمان لعدم تقوم المحل فلا ينقلب موجبا لصيرورته متقوما
بعد ذلك قال وان رمى عبدا فاعتقه مولاه ثم وقع السهم به فعليه قيمته للمولى عند ابي
حنيفة وقال محمد عليه فضل ما بين قيمته مرميا الى غير مرمي وقول ابي يوسف مع ابي حنيفة وله
ان العتق قاطع للسراية واذا انقطعت بقي مجرد الرمي وهو جناية ينتقص بها قيمة المرمي اليه بالاضافة
الى ما قبل الرمي فيجب ذلك ولهما انه يصير قاتلا من وقت الرمي لان فعله الرمي وهو
مملوك في تلك الحالة فيجب قيمته بخلاف القطع والجرح لانه اتلاف بعض المحل وانه يوجب
الضمان للمولى وبعد السراية لو وجب شيء لوجب للعبد فيصير النهاية مخالفة للبداية اما
الرمي قبل الاصابة ليس باتلاف شيء منه لانه لا اثر له في المحل وانما قلت الرغبات فيه فلا يجب
ضمان فلا يتخالف النهاية والبداية فيجب قيمته للمولى وزفر وان كان يخالفنا في وجوب القيمة
نظرا الى حالة الاصابة فالحجة عليه ما حققناه قال ومن قضي عليه بالرجم فرماه رجل
ثم رجع احد الشهود ثم وقع السهم به فلا شيء على الرامي لان المعتبر حالة الرمي وهو مباح
الدم فيها واذا رمى المجوسي صيدا ثم اسلم ثم وقع الرمي بالصيد لم يوكل وان رماه وهو
مسلم ثم تمجس اكل لان المعتبر حالة الرمي في حق الحل والحرمة اذ الرمي هو الذكاة فيعتبر الاهلية
والسلب بها عنده ولو رمى المحرم صيدا ثم حل فوقع الرمية بالصيد فعليه الجزاء وان رمى
حلال صيدا ثم احرم فلا شيء عليه لان الضمان انما يجب بالتعدي وهو رميه في حالة الاحرام
وفي الاول هو محرم وقت الرمي وفي الثاني حلال فلهذا افترقا **كتاب الديات** قال
وفي شبه العمد دية مغلظة على العاقلة وكفارة على القاتل وقد بيناه في اول الجنايات
قال وكفارته عتق رقبة مؤمنة لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة الآية فان لم يجد فصيام
شهرين متتابعين بهذا النص ولا يجزئ فيه الاطعام لانه لم يرد به نص والمقادير تعرف
بالتوقيف ولانه جعل المذكور كل الواجب بحرف الفاء او لكونه كل المذكور على ما عرف ويجزئه
رضيع احد ابويه مسلم لانه مسلم به والظاهر سلامة اطرافه ولا يجزئ ما في البطن لانه لم
يعرف حياته ولا سلامته قال وهو الكفارة في الخطا لما تلونا ودية عند ابي حنيفة

وابي يوسف مائة من الابل ارباعا خمس وعشرون بنت مخاض وخمسة وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون
وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة وقال محمد والشافعي ثلثون جذعة وثلثون حقة واربعون
ثنية كلها خلفات في بطونها اولادها لقوله عليه السلام الا ان قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا
وفيه مائة من الابل اربعون منها في بطونها اولادها ولان دية شبه العمد اغلظ وذلك فيما
قلنا ولهما قوله عليه السلام في نفس المؤمن مائة من الابل وما رواه غير ثابت لاختلاف
الصحابة في صفة التغليظ وابن مسعود رضي الله عنه قال بالتغليظ ارباعا كما ذكرنا وهو
كالمرفوع فيعارض به قال ولا يثبت التغليظ الا في الابل خاصة لان التوقيف فيه فان
قضى بالدية في غير الابل لم تتغلظ لما قلنا قال وقتل الخطأ تجب به الدية على العاقلة و
الكفارة على القاتل لما بينا من قبل قال والدية في الخطأ مائة من الابل اخماسا عشرون
بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن مخاض وعشرون حقة وعشرون جذعة وهذا
قول ابن مسعود واخذنا والشافعي به لروايته ان النبي عليه السلام قضى في قتيل قتل خطأ
اخماسا على نحو ما قال ولان ما قلناه اخف فكان اليق بحالة الخطأ لان الخاطئ معذور الا ان
عند الشافعي يقضي بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض والحجة ما ذكرناه قال ومن
العين الف دينار ومن الورق عشرة الاف درهم وقال الشافعي من الورق اثنا عشر الفا
لما روى ابن عباس ان النبي عليه السلام قضى بذلك ولنا ما روي عن عمر رضي الله عنه
ان النبي عليه السلام قضى بالدية في قتيل بعشرة الاف درهم وتاويل ما روي انه قضى
من دراهم كان وزنها وزن ستة وقد كان كذلك قال ولا يثبت الدية الا من هذه
الانواع الثلاثة عند ابي حنيفة وقالا منها ومن البقر مائتا بقرة ومن الغنم الفا شاة و
من الحلل مائتا حلة كل حلة ثوبان لان عمر رضي الله عنه هكذا جعل على اهل كل مال منها وله
ان التقدير انما يستقيم بشيء معلوم المالية وهذه الاشياء مجهولة المالية ولهذا لا يقدر
بها ضمان والتقدير بالابل عرف بالآثار المشهورة عدمناها في غيرها وذكر في المعاقل انه
لو صالح على الزيادة على مائتي حلة او مائتي بقرة لا يجوز وهذا اية التقدير بذلك ثم قيل
هو قول الكل فيرتفع الخلاف وقيل قولهما قال ودية المرأة على النصف من دية
الرجل وقد ورد هذا اللفظ موقوفا على علي رضي الله عنه ومرفوعا الى النبي عليه السلام
وقال الشافعي ما دون الثلث لا يتنصف وامامه فيه زيد بن ثابت والحجة عليه ما رويناه
بعمومه ولان حالها انقص من حال الرجل ومنفعتها اقل وقد ظهر اثر النقصان بالتنصيف
في النفس فكذا في اطرافها واجزائها اعتبارا بها وبالثلث وما فوقه قال ودية المسلم
والذمي سواء وقال الشافعي دية اليهودي والنصراني اربعة الاف درهم ودية المجوسي ثمان
مائة درهم وقال مالك دية اليهودي والنصراني ستة الاف درهم لقوله عليه السلام عقل

الكافر نصف عقل المسلم والكل عنده اثنا عشر الفا وللشافعي ما روي ان النبي عليه السلام
جعل دية اليهودي والنصراني اربعة الاف درهم ودية المجوسي ثمان مائة درهم ولنا
قوله عليه السلام دية كل ذي عهد في عهده الف دينار وكذا ابو بكر وعمر رضي الله عنهما وما رواه
الشافعي لم يعرف رواته ولم يذكر في كتب الحديث وما رويناه اشهر مما رواه مالك فانه ظهر به
عمل الصحابة **فصل** فيما دون النفس قال وفي النفس الدية وقد ذكرناه قال وفي المارن الدية
وفي اللسان الدية وفي الذكر الدية والاصل فيه ما روى سعيد بن المسيب ان النبي عليه السلام
قال في النفس الدية وفي اللسان الدية وفي المارن الدية وهكذا هو في الكتاب الذي كتبه
رسول الله عليه السلام لعمرو بن حزم والاصل في الاطراف انه اذا فوت جنس منفعة
على الكمال او ازال جمالا مقصودا في الآدمي على الكمال يجب كل الدية لاتلافه النفس
من وجه وهو ملحق بالاتلاف من كل وجه تعظيما للآدمي اصله قضاء رسول الله عليه السلام
بالدية كلها في اللسان والانف وعلى هذا تنسحب فروع كثيرة فنقول في الانف الدية لانه ازال
الجمال على الكمال وهو مقصود وكذا اذا قطع المارن او الارنبة لما ذكرنا ولو قطع المارن
مع القصبة لا تزاد على دية واحدة لانه عضو واحد وكذا اللسان لفوات منفعة مقصودة
وهو النطق وكذا في قطع بعضه اذا منع الكلام لتفويت منفعة مقصودة وان كانت الآلة
قائمة ولو قدر على التكلم ببعض الحروف قيل تقسم على عدد الحروف وقيل على عدد حروف
تتعلق باللسان فبقدر ما لا يقدر تجب وقيل ان قدر على اداء اكثرها تجب حكومة عدل
لحصول الافهام مع الاختلال وان عجز عن اداء الاكثر يجب كل الدية لان الظاهر انه لا يحصل منفعة
الكلام وكذا الذكر لانه يفوت به منفعة الوطء والايلاد واستمساك البول والرمي به و
دفق الماء والايلاج الذي هو طريق الاعلاق عادة وكذا في الحشفة الدية كاملة لان الحشفة
اصل في منفعة الايلاج والدفق والقصبة كالتابع له قال وفي العقل اذا ذهب
بالضرب الدية لفوات منفعة الادراك اذ به ينتفع بنفسه في معاشه ومعاده وكذا
اذا ذهب سمعه او بصره او شمه او ذوقه لان لكل واحد منها منفعة مقصودة وقد روي ان عمر رضي الله عنه
قضى باربع ديات في ضربة واحدة ذهب بها العقل والكلام والسمع والبصر قال وفي
اللحية اذا حلقت فلم تنبت الدية لانه يفوت به منفعة الجمال قال وفي شعر الرأس الدية
لما قلنا وقال مالك وهو قول الشافعي تجب فيهما حكومة عدل لان ذلك زيادة في الآدمي
ولهذا يحلق شعر الرأس كله واللحية بعضها في بعض البلاد وصار كشعر الصدر والساق ولهذا
يجب في شعر العبد نقصان القيمة ولنا ان اللحية في وقتها جمال وفي حلقها تفويته على
الكمال فتجب الدية كما في الاذنين الشاخصتين وكذا شعر الرأس جمال الا ترى ان من عدمه خلقة
يتكلف في ستره بخلاف شعر الصدر والساق لانه لا يتعلق به جمال واما لحية الكوسج

نقل عن ابي حنيفة انه يجب كمال القيمة والتخريج على الظاهر ان المقصود في العبد المنفعة بالاستعمال
دون الجمال بخلاف الحر قال وفي الشارب حكومة عدل هو الاصح لانه تابع اللحية فصار كبعض
اطرافها ولحية الكوسج ان كان على ذقنه شعرات معدودة فلا شيء في حلقه لان وجوده يشينه
ولا يزينه وان كان اكثر من ذلك وكان على الخد والذقن جميعا لكنه غير متصل ففيه حكومة عدل
لان فيه بعض الجمال وان كان متصلا ففيه كمال الدية لانه ليس بكوسج وفيه معنى الجمال وهذا
كله اذا افسد المنبت فان نبتت حتى استوى كما كان لا يجب شيء لانه لم يبق اثر الجناية ويؤدب
على ارتكابه ما لا يحل وان نبتت بيضاء فعن ابي حنيفة انه لا يجب شيء في الحر لانه يزيده جمالا وفي العبد حكومة
عدل لانه ينقص قيمته وعندهما يجب حكومة عدل لانه في غير اوانه يشينه ولا يزينه ويستوي العمد والخطا
على هذا الجمهور وفي الحاجبين الدية وفي احدهما نصف الدية وعند مالك والشافعي تجب حكومة عدل
وقد مر الكلام فيه في اللحية قال وفي العينين الدية وفي اليدين الدية وفي الرجلين الدية
وفي الشفتين الدية وفي الاذنين الدية وفي الانثيين الدية كذا روي في حديث سعيد بن المسيب
عن النبي عليه السلام قال وفي كل واحد من هذه الاشياء نصف الدية وفيما كتبه النبي عليه السلام
لعمرو بن حزم وفي العينين الدية وفي احديهما نصف الدية ولان في تفويت الاثنين من هذه الاشياء تفويت
جنس المنفعة او كمال الجمال فيجب كمال الدية وفي تفويت احدهما تفويت النصف فيجب نصف الدية
قال وفي ثديي المراة الدية لما فيه من تفويت جنس المنفعة والجمال وفي حلمتي المراة الدية كاملة
لفوات جنس منفعة الارضاع وامساك اللبن وفي احديهما نصف الدية لما بيناه قال وفي
اشفار العينين الدية وفي احدها ربع الدية قال رضي الله عنه يحتمل ان مراده الاهداب مجازا
كما ذكر محمد في الاصل للمجاورة كالراوية للقربة وهي حقيقة في البعير وهذا لانه تفويت الجمال
على الكمال وجنس المنفعة وهي منفعة دفع القذى والاذى عن العين اذ هو يندفع بالهدب
واذا كان الواجب في الكل كل الدية وهي اربعة كان في احدها ربع الدية وفي ثلاثة منها ثلاثة
ارباعها ويحتمل ان يكون مراده منبت الشعر والحكم فيه هكذا ولو قطع الجفون باهدابها
ففيه دية واحدة لان الكل كشيء واحد وصار كالمارن مع القصبة قال وفي كل اصبع من اصابع اليدين
او الرجلين عشر الدية لقوله عليه السلام في كل اصبع عشر من الابل ولان في قطع الكل تفويت جنس
المنفعة وفيه دية كاملة وهي عشر فتنقسم الدية عليها قال والاصابع كلها سواء لاطلاق
الحديث ولانها سواء في اصل المنفعة فلا تعتبر الزيادة فيه كاليمين مع الشمال وكذا اصابع
الرجلين لانه يفوت بقطع كلها منفعة المشي فيجب دية كاملة ثم فيها عشر اصابع فتنقسم الدية
عليها اعشارا قال وفي كل اصبع فيها ثلاثة مفاصل ففي احدها ثلث دية الاصبع وما
فيها مفصلان ففي احدهما نصف دية الاصبع وهو نظير انقسام دية اليد على الاصابع
وفي كل سن خمس من الابل لقوله عليه السلام في حديث ابي موسى الاشعري رضي الله عنه وفي كل سن خمس من الابل

والاسنان

والاسنان والاضراس سواء لاطلاق ما روينا ولما روي في بعض الروايات والاسنان كلها سواء
ولان كلها في اصل المنفعة سواء فلا يعتبر التفاضل كالايدي والاصابع وهذا اذا كان خطا
فان كان عمدا ففيه القصاص وقد مر في الجنايات قال ومن ضرب عضوا فاذهب منفعته
ففيه دية كاملة كاليد اذا شلت والعين اذا ذهب ضوؤها لان المتعلق تفويت جنس المنفعة
لا فوات الصورة ومن ضرب صلب غيره فانقطع ماؤه تجب الدية لتفويت جنس المنفعة وكذا
لو احدبه لانه فوت جمالا على الكمال وهو استواء القامة فلو زالت الحدوبة لا شيء عليه لزوالها
لا عن اثر

فصل في الشجاج قال الشجاج عشرة الحارصة وهي التي تحرص الجلد اي تخدشه
ولا تخرج الدم والدامعة وهي التي تظهر الدم ولا تسيله كالدمع في العين والدامية وهي التي
تسيل الدم والباضعة وهي التي تبضع الجلد اي تقطعه والمتلاحمة وهي التي تاخذ في اللحم و
السمحاق وهي التي تصل الى السمحاق وهي جلدة رقيقة بين اللحم وعظم الراس والموضحة
وهي التي توضح العظم والمنقلة وهي التي تنقل العظم بعد الكسر اي تحوله والامة وهي
التي تصل الى ام الراس وهي التي فيها الدماغ قال وفي الموضحة القصاص ان كانت عمدا
لما روي انه عليه السلام قضى بالقصاص في الموضحة ولانه يمكن ان ينتهي السكين الى العظم
فيتساويان فيتحقق القصاص قال ولا قصاص في بقية الشجاج لانه لا يمكن اعتبار
المساواة فيها لانه لا حد ينتهي السكين اليه ولان فيما فوق الموضحة كسر العظم ولا قصاص فيه
وهذه رواية عن ابي حنيفة وقال محمد في الاصل وهو ظاهر الرواية يجب القصاص فيما قبل
الموضحة لانه يمكن اعتبار المساواة فيه اذ ليس فيه كسر العظم ولا خوف هلاك غالب
فيسبر غورها بمسبار ثم تتخذ حديدة بقدر ذلك فيقطع بها مقدار ما قطع فيتحقق
استيفاء القصاص قال وفيما دون الموضحة حكومة عدل لانه ليس فيها ارش مقدر
ولا يمكن اهداره فوجب اعتباره بحكم العدل وهو ماثور عن النخعي وعمر بن عبد العزيز
قال وفي الموضحة ان كانت خطا نصف عشر الدية وفي الهاشمة عشر الدية وفي المنقلة
عشر الدية ونصف عشر الدية وفي الامة ثلث الدية وفي الجائفة ثلث الدية فان نفذت
فهما جائفتان ففيهما ثلثا الدية لما روي في كتاب عمرو بن حزم ان النبي عليه السلام قال
وفي الموضحة خمس من الابل وفي الهاشمة عشر وفي المنقلة خمس عشرة وفي الامة ويروى المامومة
ثلث الدية وقال عليه السلام في الجائفة ثلث الدية وعن ابي بكر رضي الله عنه انه حكم في
جائفة نفذت الى الجانب الاخر بثلثي الدية ولانها اذا نفذت نزلت منزلة جائفتين
احداهما من جانب البطن والاخرى من جانب الظهر وفي كل جائفة ثلث الدية فلهذا وجب في
النافذة ثلثا الدية وعن محمد يجعل المتلاحمة قبل الباضعة وقال هي التي يتلاحم فيها الدم
ويسود وما ذكرناه بدئ مروي عن ابي يوسف وهذا اختلاف عبارة لا يعود الى معنى

وحكم وبعد هذا شجة اخرى تسمى الدامغة وهي التي تصل الى الدماغ وانما لم يذكرها لانها تقع قتلا
في الغالب لا جناية مقتصرة مفردة بحكم على حدة ثم هذه الشجاج تختص بالوجه والراس لغة وما كان
في غير الوجه والراس يسمى جراحة والحكم مرتب على الحقيقة في الصحيح حتى لو تحققت في غيرهما
نحو الساق واليد لا يكون لها ارش مقدر وانما يجب حكومة العدل لان التقدير بالتوقيف
وهو انما ورد فيما يختص بهما ولانه انما ورد الحكم فيها لمعنى الشين الذي يلحقه ببقاء اثر الجراحة
والشين يختص بما يظهر منها في الغالب وهو العضوان هذان لا سواهما واما اللحيان فقد قيل
ليسا من الوجه وهو قول مالك حتى لو وجد فيهما ما فيه ارش مقدر لا يجب المقدر وهذا لان الوجه
مشتق من المواجهة ولا مواجهة للناظر فيهما الا انه عندنا هما من الوجه لاتصالهما به من غير فاصلة
وقد يتحقق فيه معنى المواجهة ايضا وقالوا الجائفة تختص بالجوف جوف الراس وجوف البطن
وتفسير حكومة العدل على ما قاله الطحاوي انه يقوم مملوكا بدون هذا الاثر ويقوم وبه الاثر
ثم ينظر الى تفاوت ما بين القيمتين فان كان نصف عشر القيمة يجب نصف عشر الدية
وان كان ربع عشر فربع عشر وقال الكرخي ينظر كم مقدار هذه الشجة من الموضحة فيجب بقدر
ذلك من نصف عشر الدية لان في كل اصبع عشر الدية على ما روينا فكان في الخمس نصف الدية
ولان قطع الاصابع تفويت جنس منفعة البطش وهو الموجب على ما مر فان قطعها مع الكف
ففيه ايضا نصف الدية لقوله عليه السلام وفي اليدين الدية وفي احديهما نصف الدية ولان
الكف تبع للاصابع لان البطش بها وان قطعها مع نصف الساعد ففي الاصابع والكف
نصف الدية وفي الزيادة حكومة عدل وهو رواية عن ابي يوسف وعنه ان ما زاد على اصابع
اليد والرجل فهو تبع الى المنكب والى الفخذ لان الشرع اوجب في اليد الواحدة نصف الدية
واليد اسم لهذه الجارحة الى المنكب فلا يزاد على تقدير الشرع ولهما ان اليد آلة
باطشة والبطش يتعلق بالكف والاصابع دون الذراع فلم يجعل الذراع تبعا للكف في
التضمين ولانه لا وجه الى ان يكون تبعا للاصابع لان بينهما عضوا كاملا ولا الى ان يكون تبعا
للكف لانه تابع ولا تبع للتبع قال وان قطع الكف من المفصل وفيها اصبع واحدة
ففيه عشر الدية وان كان اصبعان فالخمس ولا شيء في الكف وهذا عند ابي حنيفة وقالا
ينظر الى ارش الكف والاصبع فيكون عليه الاكثر ويدخل القليل في الكثير لانه لا وجه الى
الجمع بين الارشين لان الكل شيء واحد ولا الى اهدار احدهما لان كل واحد اصل من وجه فرجحنا
بالكثرة وله ان الاصابع اصل والكف تابع حقيقة وشرعا لان البطش يقوم بها
واوجب الشرع في اصبع واحدة عشرا من الابل والترجيح من حيث مقدار الواجب ولو كان في
الكف ثلاث اصابع يجب ارش الاصابع ولا شيء في الكف بالاجماع لان الاصابع اصول في
التقوم وللاكثر حكم الكل فاستتبعت الكف كما اذا كانت الاصابع قائمة باسرها قال

وفي الاصبع الزائدة حكومة عدل تشريفا للآدمي لانه جزء من يده لكن لا منفعة فيه ولا زينة
وكذلك السن الشاغية لما قلنا وفي عين الصبي وذكره ولسانه اذا لم يعلم صحته حكومة عدل
وقال الشافعي تجب دية كاملة لان الغالب فيه الصحة فاشبه قطع المارن والاذن ولنا
ان المقصود من هذه الاشياء المنفعة فاذا لم يعلم صحتها حكومة عدل وقال الشافعي يجب دية
كاملة لا يجب الارش الكامل بالشك والظاهر لا يصلح حجة للالزام بخلاف المارن والاذن
الشاخصة لان المقصود هو الجمال وقد فوته على الكمال وكذلك لو استهل الصبي لانه
ليس بكلام وانما هو مجرد صوت ومعرفة الصحة فيه بالكلام وفي الذكر بالحركة وفي العين
بما يستدل به على النظر فيكون بعد ذلك حكمه حكم البالغ في العمد والخطا قال
ومن شج رجلا فذهب عقله او شعر راسه دخل ارش الموضحة في الدية لانه بفوات العقل
تبطل منفعة جميع الاعضاء فصار كما اذا اوضحه فمات وارش الموضحة يجب بفوات جزء
من الشعر حتى لو نبت يسقط والدية بفوات كل الشعر وقد تعلقا بسبب واحد فدخل الجزء
في الجملة كما اذا قطع اصبع رجل فشلت يده وقال زفر لا يدخل لان كل واحد منهما جناية
فيما دون النفس فلا يتداخلان كسائر الجنايات وجوابه ما ذكرناه قال وان ذهب
سمعه او بصره او كلامه فعليه ارش الموضحة مع الدية قالوا هذا قول ابي حنيفة وابي يوسف
وعن ابي يوسف ان الشجة تدخل في دية السمع والكلام ولا تدخل في دية البصر وجه الاول
ان كلا منهما جناية فيما دون النفس والمنفعة مختصة به فاشبه الاعضاء المختلفة بخلاف
العقل لان منفعته عائدة الى جميع الاعضاء على ما بينا وجه الثاني ان السمع والكلام
مبطن فيعتبر بالعقل والبصر ظاهر فلا يلحق به قال وفي الجامع الصغير ومن شج رجلا
موضحة فذهبت عيناه فلا قصاص في ذلك عند ابي حنيفة قالوا وينبغي ان تجب الدية فيهما
وقالا في الموضحة القصاص قال وينبغي ان تجب الدية في العينين وان قطع اصبع رجل
من المفصل الاعلى فشل ما بقي من الاصبع او اليد كلها لا قصاص عليه في شيء من ذلك و
ينبغي ان تجب الدية في المفصل الاعلى وفيما بقي حكومة عدل وكذلك لو كسر بعض سن رجل فاسود
ما بقي ولم يحك خلافا وينبغي ان تجب الدية في السن كله ولو قال اقطع المفصل واترك
ما يبس او اكسر القدر المكسور واترك الباقي لم يكن له ذلك لان الفعل في نفسه ما وقع
موجبا للقود فصار كما اذا شجه منقلة فقال اشجه موضحة واترك الزيادة ولهما
في الخلافية ان الفعل وقع في محلين فيكون جنايتين مبتداتين فالشبهة في احديهما
لا تتعدى الى الاخرى كمن رمى الى رجل عمدا فاصابه ونفذ الى غيره فقتله يجب القود في
الاول وله ان الجراحة الاولى سارية والجزاء بالمثل وليس في وسعه الساري فيجب المال
ولان الفعل واحد حقيقة وهو الحركة القائمة وكذا المحل متحد من وجه لاتصال احدهما

بالاجر فاورثتها بينة بشبهة الخطأ في البداية بخلاف اليقين لان احدهما ليس من سراية
صاحبه وبخلاف ما اذا وقع السكين على الاصبع لانه ليس فعلا مقصودا وان قطع
اصبعا فشلت الى جنبها اخرى فلا قصاص في شيء من ذلك عند ابي حنيفة وقالا وزفر والحسن
يقتص من الاول وفي الثانية ارشها والوجه من الجانبين قد ذكرناه وروى ابن سماعة عن محمد
في المسئلة الاولى وهو ما اذا شج موضحة فذهب بصره انه يجب القصاص فيهما لان الحاصل
بالسراية مباشرة كما في النفس والبصر يجري فيه القصاص بخلاف الخلاف فيه الاخرى لان
الشلل لا قصاص فيه فصار الاصل عند محمد على هذه الرواية ان سراية فيما يجب فيه القصاص
الى ما يمكن فيه القصاص توجب الاقتصاص كما لو آلت الى النفس وقد وقع الاول ظلما
ووجه المشهور ان ذهاب البصر بطريق التسبيب الا ترى ان الشجة بقيت موجبة في نفسها
ولا قود في التسبيب بخلاف السراية الى النفس لانه لا يسري الاول فانعدمت الثانية مباشرة
ولو كسر بعض السن فسقطت فلا قصاص الا على رواية ابن سماعة ولو اوضحه موضحتين فتآكلتا
فهو على الروايتين هاتين ولو قلع سن رجل فنبتت مكانها اخرى سقط الارش في قول ابي حنيفة
وقالا عليه الارش كاملا لان الجناية قد تحققت والحادث نعمة مبتدأة من الله تعالى وله ان
الجناية انعدمت معنى فصار كما اذا قلع سن صبي فنبتت لا يجب الارش بالاجماع لانه لم تفت
عليه منفعة ولا زينة وعن ابي يوسف انه يجب حكومة عدل لمكان الالم الحاصل ولو قلع سن غيره
فردها صاحبها في مكانها ونبت عليها اللحم فعلى القالع الارش بكماله لان هذا مما لا يعتد به
اذ العروق لا تعود وكذا اذا قطع اذنه فالصقها فالتحمت لانها لا تعود الى ما كانت عليه
ومن نزع سن رجل فانتزع المنزوعة سنه سن النازع فنبتت سن الاول فعلى الاول لصاحبه خمسمائة
درهم لانه تبين انه استوفى بغير حق لان الموجب فساد المنبت ولم يفسد حين نبتت مكانها
اخرى فانعدمت الجناية ولهذا يستأنى حولا بالاجماع وكان ينبغي ان ينتظر الياس في ذلك القصاص
الا ان في اعتبار ذلك تضييع الحقوق فاكتفينا بالحول لانه تنبت فيه ظاهرا فاذا مضى
الحول ولم تنبت قضينا بالقصاص واذا نبتت تبين انه اخطأنا فيه والاستيفاء كان بغير حق
الا انه لا يجب القصاص للشبهة فيجب المال ولو ضرب انسانا سنه فتحركت يستأنى حولا ليظهر
اثر فعله فلو اجله القاضي سنة ثم جاء المضروب وقد سقطت سنه فاختلفا قبل
السنة فيمن سقط بضربه فالقول للمضروب ليكون التاجيل مفيدا وهذا بخلاف ما اذا شجه
موضحة فجاء وقد صارت منقلة فاختلفا حيث يكون القول قول الضارب لان الموضحة لا تورث
المنقلة اما التحريك يؤثر في السقوط فافترقا وان اختلفا في ذلك بعد السنة فالقول
للضارب لانه ينكر اثر فعله وقد مضى الاجل الذي وقته القاضي لظهور الاثر فكان القول
للمنكر ولو لم تسقط لا شيء على الضارب وعن ابي يوسف انه يجب حكومة الالم وسنبين الوجهين

بعد



بعد هذا ان شاء الله تعالى ولو لم يسقط ولكنها اسودت يجب الارش في الخطأ على العاقلة وفي العمد في ماله
ولا يجب القصاص لانه لا يمكنه ان يضربه ضربا تسود منه وكذا اذا كسر بعضه واسود الباقي لا قصاص
لما ذكرنا وكذا لو احمر او اخضر ولو اصفر فيه روايتان قال ومن شج رجلا فالتحمت ولم يبق
لها اثر ونبت الشعر سقط الارش عند ابي حنيفة لزوال الشين الموجب وقال ابو يوسف عليه
ارش الالم وهو حكومة عدل لان الشين ان زال فالالم الحاصل ما زال فيجب تقويمه وقال محمد عليه
اجرة الطبيب لانه انما لزمه اجر الطبيب وثمن الدواء بفعله فصار كانه اخذ ذلك من ماله الا
ان ابا حنيفة يقول ان المنافع على اصلنا لا تتقوم الا بعقد او بشبهة ولم يوجد في حق الجاني
فلا يغرم شيئا قال ومن ضرب رجلا مائة سوط فجرحه فبرأ منها فعليه ارش الضرب معناه اذا
بقي اثر الضرب اما اذا لم يبق اثره فهو على اختلاف قد مضى في الشجة الملتحمة قال ومن
قطع يد رجل خطأ ثم قتله قبل البرء فعليه الدية وسقط ارش اليد لان الجناية من جنس
واحد والموجب واحد وهو الدية وانها بدل النفس بجميع اجزائها فدخل الطرف في النفس
كانه قتله ابتداء قال ومن جرح رجلا جراحة لم يقتص منه حتى يبرأ وقال الشافعي رحمه الله
يقتص منه في الحال اعتبارا بالقصاص في النفس وهذا لان الموجب قد تحقق فلا يعطل ولنا
قوله عليه السلام يستأنى في الجراحات سنة ولان الجراحات يعتبر فيها مآلها لا حالها لان حكمها في الحال
غير معلوم فلعلها تسري الى النفس فيظهر انه قتل وانما يستقر الامر بالبرء قال وكل عمد
سقط القصاص فيه بشبهة فالدية في مال القاتل وكل ارش وجب بالصلح فهو في مال القاتل
لقوله عليه السلام لا تعقل العواقل عمدا الحديث وهذا عمد غير ان الاول يجب في ثلاث سنين
لانه مال وجب بالقتل ابتداء فاشبه شبه العمد والثاني يجب حالا لانه مال وجب بالعقد
فاشبه الثمن في البيع قال واذا قتل الاب ابنه عمدا فالدية في ماله في ثلاث سنين
وقال الشافعي يجب حالا لان الاصل ان ما يجب بالاتلاف يجب حالا والتاجيل للتخفيف
في الخاطئ وهذا عامد فلا يستحقه ولان المال وجب جبرا لحقه وحقه في نفسه حال فلا ينجبر
بالمؤجل ولنا انه مال واجب بالقتل فيكون مؤجلا كدية الخطأ وشبه العمد وهذا
لان القياس يأبى تقوم الآدمي بالمال لعدم التماثل والتقويم ثبت بالشرع وقد ورد به
مؤجلا لا معجلا فلا يعدل عنه لا سيما الى زيادة ولما لم يجز التغليظ باعتبار العمدية
قدرا لا يجوز وصفا وكل جناية اعترف بها الجاني فهي في ماله ولا يصدق على عاقلته لما
روينا ولان الاقرار لا يتعدى المقر لقصور ولايته عن غيره فلا يظهر في حق العاقلة قال
وعمد الصبي والمجنون خطأ وفيه الدية على العاقلة وكذا كل جناية موجبها خمسمائة فصاعدا
والمعتوه كالمجنون وقال الشافعي عمده عمد حتى تجب الدية في ماله لانه عمد حقيقة
اذ العمد هو القصد غير انه تخلف عنه احد حكميه وهو القصاص فينبني عليه حكمه الآخر وهو

الوجوب في ماله ولهذا يجب الكفارة به ويحرم عن الميراث على اصله لانهما يتعلقان بالقتل
ولنا ما روي عن علي رضي الله عنه انه جعل عقل المجنون على عاقلته وقال عمده وخطاؤه
سواء ولان الصبي مظنة المرحمة والعاقل الخاطئ لما استحق التخفيف حتى وجبت الدية
على العاقلة فالصبي وهو اعذر اولى بهذا التخفيف ولا نسلم تحقق العمدية فانها تترتب
على العلم والعلم بالعقل والمجنون عديم العقل والصبي قاصر العقل فانى يتحقق منهما القصد
وصار كالنائم وحرمان الميراث عقوبة وهما ليسا من اهل العقوبة والكفارة كاسمها
ستارة ولا ذنب يستره لانهما مرفوعا القلم

فصل في الجنين

واذا ضرب بطن امرأة
فالقت جنينا ميتا ففيه غرة نصف عشر الدية قال رضي الله عنه معناه دية الرجل وهذا
في الذكر وفي الانثى عشر دية المرأة وكل منهما خمسمائة درهم والقياس ان لا يجب شيء لانه
لم يتيقن بحياته والظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق وجه الاستحسان ما روي عن النبي
عليه السلام قال في الجنين غرة عبد او امة قيمته خمسمائة ويروى او خمسمائة فتركنا القياس
بالاثر وهو حجة على من قدرها بستمائة نحو مالك والشافعي وهي على العاقلة عندنا
اذا كانت خمسمائة درهم وقال مالك في ماله لانه بدل الجزء ولنا انه عليه السلام قضى بالغرة
على العاقلة ولانه بدل النفس ولهذا سماه عليه السلام دية حيث قال دوه وقالوا أندي من
لا صاح ولا استهل الحديث الا ان العواقل لا تعقل ما دون خمسمائة ويجب في سنة وقال
الشافعي في ثلاث سنين لانه بدل النفس ولهذا يكون موروثا بين ورثته ولنا ما روي
عن محمد بن الحسن انه قال بلغنا ان رسول الله عليه السلام جعل على العاقلة في سنة ولانه ان كان بدل النفس
من حيث انه نفس على حدة فهو بدل العضو من حيث الاتصال بالام فعملنا
بالشبه الاول في حق التوريث وبالثاني في حق التأجيل الى سنة لان بدل العضو اذا كان
ثلث الدية او اقل اكثر من نصف العشر يجب في سنة بخلاف اجزاء الدية لان كل جزء منها على
من وجب يجب في ثلاث سنين ويستوي فيه الذكر والانثى لاطلاق ما روينا ولان في
الجنين انما يظهر التفاوت لتفاوت معاني الآدمية ولا تفاوت في الجنين فيقدر
بمقدار واحد وهو خمسمائة فان القته حيا ثم مات ففيه الدية كاملة لانه اتلف حيا بالضرب
السابق فان القته ميتا ثم ماتت الام فعليه دية بقتل الام وغرة بالقائها وقد صح انه عليه السلام
قضى في هذا بالدية والغرة وان ماتت الام من الضربة ثم خرج الجنين بعد ذلك حيا
ثم مات فعليه دية في الام ودية في الجنين لانه قاتل شخصين وان ماتت ثم القته ميتا
فعليه دية في الام ولا شيء في الجنين وقال الشافعي تجب الغرة في الجنين لان الظاهر موته
بالضرب فصار كما اذا القته ميتا وهي حية ولنا ان موت الام احد سببي موته لانه
يختنق بموتها اذ تنفسه بتنفسها فلا يجب الضمان بالشك قال وما يجب في الجنين

موروث

موروث عنه لانه بدل نفسه فيرثه ورثته ولا يرثه الضارب حتى لو ضرب بطن امرأته
فالقت ابنه ميتا فعلى عاقلة الاب غرة ولا يرث منها لانه قاتل بغير حق مباشرة ولا ميراث
للقاتل قال وفي جنين الامة اذا كان ذكرا نصف عشر قيمته لو كان حيا وعشر قيمته لو كان
انثى وقال الشافعي فيه عشر قيمة الام لانه جزء من وجه وضمان الاجزاء يؤخذ مقدارها
من الاصل ولنا انه بدل نفسه لان ضمان الطرف لا يجب الا عند ظهور النقصان
ولا معتبر به في ضمان الجنين فكان بدل نفسه فيقدر بها وقال ابو يوسف يجب ضمان النقصان
لو انتقصت الام اعتبارا بجنين البهائم وهذا لان الضمان في قتل الرقيق ضمان مال عنده
على ما نذكر فيصح الاعتبار على اصله فان ضربت فاعتق المولى ما في بطنها ثم القته حيا
ثم مات ففيه قيمته حيا ولا يجب الدية وان مات بعد العتق لانه قتله بالضرب السابق وقد كان
في حالة الرق فلهذا تجب القيمة دون الدية وتجب قيمته حيا لانه صار قاتلا اياه وهو حي
فنظرنا الى حالتي السبب والتلف وقيل هذا عندهما وعند محمد تجب قيمته ما بين كونه
مضروبا الى كونه غير مضروب لان الاعتاق قاطع للسراية على ما يأتيك من بعد ان شاء الله
قال ولا كفارة في الجنين وعند الشافعي تجب لانه نفس من وجه فتجب الكفارة احتياطا
ولنا ان الكفارة فيها معنى العقوبة وقد عرفت في النفوس المطلقة فلا يتعداها
ولهذا لم يجب كل البدل قالوا الا ان يشاء ذلك لانه ارتكب محظورا فاذا تقرب الى الله
كان افضل له ويستغفر مما صنع والجنين الذي قد استبان بعض خلقه بمنزلة الجنين التام
في جميع هذه الاحكام لاطلاق ما روينا ولانه ولد في حق امومية الولد وانقضاء العدة
والنفاس وغير ذلك فكذا في حق هذا الحكم ولان بهذا القدر يتميز من العلقة والدم فكان
نفسا

باب ما يحدثه الرجل في الطريق

قال ومن اخرج الى الطريق الاعظم كنيفا
او ميزابا او جرصنا او بنى دكانا فلرجل من عرض الناس ان ينزعه لان كل واحد صاحب حق بالمرور
بنفسه وبدوابه فكان له حق النقض كما في الملك المشترك فان لكل واحد حق النقض لو احدث
غيرهم فيه شيئا فكذا في الحق المشترك قال ويسع للذي عمله ان ينتفع به ما لم يضر بالمسلمين
لان له حق المرور ولا ضرر فيه فيلحق بما في معناه اذ المانع متعنت فاذا اضر بالمسلمين كره له
ذلك لقوله عليه السلام لا ضرر ولا ضرار في الاسلام قال وليس لاحد من اهل الدرب الذي ليس
بنافذ ان يشرع كنيفا او ميزابا الا باذنهم لانها مملوكة لهم ولهذا وجبت الشفعة
لهم على كل حال فلا يجوز التصرف اضر بهم او لم يضر الا باذنهم وفي الطريق النافذ له التصرف
الا اذا اضر لانه يتعذر الوصول الى اذن الكل فجعل في حق كل واحد كأنه هو المالك وحده حكما
كيلا يتعطل عليه طريق الانتفاع ولا كذلك غير النافذ لان الوصول الى ارضائهم ممكن
فبقي على الشركة حقيقة وحكما قال واذا اشرع في الطريق روشنا او ميزابا او نحوه فسقط

على انسان فعطب فالدية على عاقلته لانه متسبب لتلفه متعد بشغل هواء الطريق وهذا من
اسباب الضمان وهو الاصل وكذلك اذا سقط شيء مما ذكرنا في اول الكتاب وكذا اذا
تعثر بنقضه انسان او عطبت به دابة وان عثر بذلك رجل فوقع على آخر فماتا فالضمان
على الذي احدثه فيهما لانه يصير كالدافع اياه عليه وان سقط الميزاب نظر فان اصابه ما كان
منه في الحائط رجلا فقتله فلا ضمان عليه لانه غير متعد فيه لما انه وضعه في ملكه وان اصابه
ما كان خارجا من الحائط فالضمان على الذي وضعه لكونه متعديا فيه ولا ضرورة لانه يمكنه
ان يركبه في الحائط ولا كفارة عليه ولا يحرم عن الميراث لانه ليس بقاتل حقيقة ولو اصابه
الطرفان جميعا وعلم بذلك وجب النصف وهدر النصف كما اذا جرحه سبع وانسان
ولو لم يعلم اي طرف اصابه يضمن النصف اعتبارا للاحوال ولو اشرع جناحا الى الطريق
ثم باع الدار فاصاب الجناح رجلا فقتله او وضع خشبة في الطريق ثم باع الخشبة وبرئ
اليه منها فتركها المشتري حتى عطب بها انسان فالضمان على البائع لان فعله وهو الوضع
لم ينفسخ بزوال ملكه وهو الموجب ولو وضع في الطريق جمرا فاحرق شيئا يضمنه لانه
متعد فيه ولو حركته الريح الى موضع آخر ثم احرق شيئا لا يضمنه لنسخ الريح فعله وقيل
اذا كان اليوم ريحا يضمنه لانه فعله مع علمه بعاقبته وقد افضى اليها فجعل كمباشرته ولو
استاجر رب الدار الفعلة لاخراج الجناح او الظلة فوقع فقتل انسانا قبل ان يفرغوا
من العمل فالضمان عليهم لان التلف بفعلهم وما لم يفرغوا لم يكن العمل مسلما الى رب
المال وهذا لانه انقلب فعلهم قتلا حتى وجب عليهم الكفارة والقتل غير داخل في عقده
فلم ينتقل فعلهم اليه فاقتصر عليهم وان سقط بعد فراغهم فالضمان على رب الدار
استحسانا لانه صح الاستيجار حتى استحقوا الاجرة ووقع فعلهم عمارة واصلاحا فانتقل
فعلهم اليه فكانه فعل بنفسه فلهذا يضمنه وكذا اذا صب الماء في الطريق فعطب به انسان
او دابة وكذا اذا رش الماء او توضأ لانه متعد فيه بالحاق الضرر بالمارة بخلاف ما اذا فعل
في سكة غير نافذة وهو من اهلها او قعد او وضع متاعه لان لكل واحد ان يفعل ذلك لكونه
من ضرورات السكنى كما في الدار المشتركة قالوا هذا اذا رش ماء كثيرا بحيث يزلق به عادة اما اذا
رش ماء قليلا كما هو المعتاد والظاهر انه لا يزلق به عادة لا يضمن الراش لانه صاحب علة
وقيل هذا اذا رش بعض الطريق لانه يجد موضعا للمرور لا اثر فيه للماء فاذا تعمد المرور على
موضع صب الماء مع علمه بذلك لم يكن على الراش شيء وان رش جميع الطريق يضمن لانه مضطر
في المرور وكذلك الحكم في الخشبة الموضوعة في الطريق في اخذها جميعه او بعضه ولو رش
فناء حانوت باذن صاحبه فضمان ما عطب على الآمر استحسانا كما اذا استاجره ليبني له
فيها في فناء حانوته فتعقل به انسان بعد فراغه فمات يجب الضمان على الآمر استحسانا ولو كان

امر

امره بالبناء في وسط الطريق فالضمان على الاجير لفساد الامر قال ومن حفر
بئرا في طريق المسلمين او وضع حجرا فتلف بذلك انسان فديته على عاقلته وان تلفت
بهيمة فضمانها في ماله لانه متعد فيه فيضمن ما تولد منه غير ان العاقلة تتحمل النفس دون
المال وكان ضمان البهيمة في ماله والقاء التراب واتخاذ الطين في الطريق بمنزلة
القاء الحجر والخشبة لما ذكرنا بخلاف ما اذا كنس الطريق فعطب بموضع كنسه انسان حيث
لم يضمن لانه ليس بمتعد فانه ما احدث شيئا فيه انما قصد دفع الاذى عن الطريق حتى
لو جمع الكناسة في الطريق وتعقل بها انسان كان ضامنا لتعديه بشغله ولو وضع
حجرا فنحاه غيره عن موضعه فعطب به انسان فالضمان على الذي نحاه لان حكم فعله قد
انفسخ لفراغ ما شغله وانما اشتغل بالفعل الثاني موضع وفي الجامع الصغير في البالوعة
يحفرها الرجل في الطريق فان امره السلطان بذلك او اجبره عليه لم يضمن لانه غير
متعد اما بالتصرف في حق غيره او بالافتيات على راي الامام او هو مباح مقيد بشرط
السلامة وكذا الجواب على هذا التفصيل في جميع ما فعل في طريق العامة مما ذكرناه
وغيره لان المعنى لا يختلف وكذا لو حفره في فناء داره لان له ذلك لمصلحة داره والفناء
في تصرفه وقيل هذا اذا كان الفناء مملوكا له او كان له حق الحفر فيه لانه غير متعد
اما اذا كان لجماعة المسلمين او مشتركا بان كان في سكة غير نافذة فانه يضمنه لانه
متعد وهذا صحيح ولو حفره في الطريق ومات الواقع فيه جوعا او غما لا ضمان على الحافر
عند ابي حنيفة لانه مات لمعنى في نفسه فلا يضاف الى الحفر والضمان انما يجب اذا مات من
الوقوع وقال ابو يوسف ان مات جوعا فكذلك وان مات غما فالحافر ضامن له لانه لا سبب
للغم سوى الوقوع اما الجوع لا يختص بالبير وقال محمد هو ضامن في الوجوه كلها لانه انما
حدث بسبب الوقوع اذ لولاه لكان الطعام قريبا منه فهذه اقوالهم وان استاجر اجراء فحفروها
له في غير فنائه فذلك على المستاجر ولا شيء على الاجراء ان لم يعلموا انها في غير فنائه لان الاجارة
صحت ظاهرا اذ لم يعلموا فنقل فعلهم اليه لانهم كانوا مغرورين وصار كما اذا امر آخر
بذبح هذه الشاة فذبحها ثم ظهرت الشاة لغيره الا انه هناك يضمن المامور ويرجع على
الآمر لان الذابح مباشر والآمر مسبب والترجيح للمباشرة فيضمن ويرجع للغرور وهنا
يجب الضمان على المستاجر ابتداء لان كل واحد منهما مسبب والاجير غير متعد والمستاجر
متعد فترجح جانبه وان علموا بذلك فالضمان على الاجراء قياسا لانهم لم يصح امره
بما ليس بمملوك له ولا غرور فبقي الفعل مضافا اليهم وان قال لهم هذا فنائي وليس لي فيه
حق الحفر فحفروا ومات فيه انسان فالضمان على الاجراء قياسا لانهم علموا بفساد الامر
فما غرهم وفي الاستحسان الضمان على المستاجر لان كونه فناء له بمنزلة كونه مملوكا له لانطلاق

به في التصرف فيه من إلقاء الطين والحطب وربط الدابة والركوب وبناء الدكان فكان
الامر بالحفر فيه مملكا ظاهرا بالنظر الى ما ذكرنا فكفى ذلك لنقل الفعل اليه قال ومن
جعل قنطرة بغير اذن الامام فتعمد رجل المرور عليه لان الاول تعدي هو تسبيب والثاني
تعدي هو مباشرة فكانت الاضافة الى المباشرة اولى ولان تخلل فعل فاعل مختار يقطع
النسبة كما في الحافر مع الملقي قال ومن حمل شيئا في الطريق فسقط على انسان فعطب
به فهو ضامن كما في الحافر مع الملقي وكذا اذا سقط فتعثر به انسان وان كان رداء
فلبسه فسقط فعطب به انسان لم يضمن وهذا اللفظ يشتمل النوعين والفرق ان حامل
الشيء قاصد حفظه فلا حرج في التقييد بوصف السلامة واللابس لا يقصد حفظ
ما يلبسه فيحرج بالتقييد بما ذكرناه فجعلناه مباحا مطلقا وعن محمد انه اذا لبس ما لا
يلبسه فهو كالحامل لان الحاجة لا تدعو الى لبسه قال واذا كان المسجد للعشيرة
فعلق رجل منهم قنديلا او جعل فيه بواري او حصاة فعطب به رجل لم يضمن وان كان
الذي فعل ذلك من غير العشيرة ضمن قالوا هذا عند ابي حنيفة وقالا لا يضمن [illegible]
الذي في الوجهين لانهن من القرب وكل احد ماذون في اقامتها فلا يتقيد بشرط
السلامة كما اذا فعله باذن واحد من اهل المسجد ولابي حنيفة وهو الفرق ان التدبير
فيما يتعلق بالمسجد لاهله دون غيرهم كنصب الامام واختيار المتولي وفتح بابه واغلاقه
وتكرار الجماعة اذا سبقهم بها غير اهله فكان فعلهم مباحا مطلقا غير مقيد بشرط السلامة
وقصد القربة لا ينافي الغرامة اذا اخطا الطريق كما اذا تفرد بالشهادة على الزنا والطريق
فيما نحن فيه الاستيذان من اهله قال وان جلس فيه رجل منهم فعطب به رجل لم يضمن ان
كان في الصلاة وان كان في غير الصلاة ضمن وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا يضمن على كل حال
ولو كان جالسا لقراءة القران او للتعليم او للصلاة او نام فيه في اثناء الصلاة او نام
في غير الصلاة او مر فيه مارا او قعد فيه لحديث فهو على هذا الخلاف واما المعتكف
فقد قيل على هذا الاختلاف وقيل لا يضمن بلا خلاف لهما ان المسجد انما بني
للصلوة والذكر ولا يمكنه اداء الصلاة بالجماعة الا بانتظارها فكان الجلوس مباحا لانه
من ضرورات الصلاة ولان المنتظر للصلاة في الصلاة حكما بالحديث فلا يضمن كما اذا كان
في الصلاة وله ان المسجد بني للصلاة وهذه الاشياء ملحقة بها فلا بد من اظهار التفاوت
فجعلنا الجلوس للاصل مباحا مطلقا والجلوس لما يلحق به مقيدا بشرط السلامة كالرمي الى
الكافر والى الصيد والمشي في الطريق والمشي في المسجد اذا وطئ غيره والنوم فيه اذا انقلب
على غيره وان جلس رجل من غير العشيرة فيه في الصلاة فتعقل به انسان ينبغي ان لا يضمن لان المسجد
بني للصلاة واما الصلاة بالجماعة ان كان مفوضا الى اهل المسجد فلكل واحد من المسلمين ان يصلي

فصل في الحائط المائل قال واذا مال الحائط الى طريق المسلمين وطولب صاحبه بنقضه
واشهد عليه فلم ينقضه في مدة يقدر على نقضه حتى سقط ضمن ما تلف به من نفس او مال
والقياس انه لا يضمن لانه لا صنع منه مباشرة ولا مباشرة شرط هو متعد فيه لان اصل
البناء كان في ملكه والميلان وشغل الهواء ليس من فعله فصار كما قبل الاشهاد ووجه الاستحسان
ان الحائط لما مال الى الطريق فقد اشتغل هواء المسلمين بملكه ورفعه في يده فاذا تقدم
اليه وطولب بتفريغه يجب عليه فاذا امتنع صار متعديا بمنزلة ما لو وقع ثوب انسان في حجره
يصير متعديا بالامتناع عن التسليم اذا طولب به كذا هذا بخلاف ما قبل الاشهاد لانه
بمنزلة هلاك الثوب قبل الطلب ولانه لو لم يجب عليه الضمان يمتنع عن التفريغ فينقطع
المارة حذرا على انفسهم فيتضررون به ودفع الضرر العام من الواجب وله تعلق بالحائط فيتعين
لدفع هذا الضرر وكم من ضرر خاص يتحمل لدفع العام منه ثم فيما تلف به من النفوس تجب الدية
وتتحملها العاقلة لانه في كونه جناية دون الخطا فيستحق فيه التخفيف بالطريق الاولى كيلا
يؤدي الى استيصاله والاجحاف به وما تلف به من الاموال كالدواب والعروض يجب ضمانها
في ماله لان العاقلة لا تعقل المال والشرط التقدم اليه وطلب النقض منه دون الاشهاد
وانما ذكر الاشهاد ليتمكن من اثباته عند انكاره فكان من باب الاحتياط وصورة الاشهاد
ان يقول الرجل اشهدوا اني قد تقدمت الى هذا الرجل في هدم حائطه ولا يصح الاشهاد قبل
ان يهي الحائط لانعدام التعدي ولو بنى الحائط مائلا في الابتداء قالوا يضمن ما تلف
بسقوطه من غير اشهاد لان البناء تعدي ابتداء كما في اشراع الجناح وتقبل فيها شهادة رجل
وامرأتين على التقدم لان هذه ليست بشهادة على القتل وشرط الترك في مدة يقدر على
نقضه فيها لانه لا بد من امكان النقض ليصير بتركه جانيا ويستوي ان يطالبه بنقضه مسلم
او ذمي لان الناس كلهم شركاء في المرور فيصح التقدم اليه من كل واحد منهم رجلا او امراة
حرا او مكاتبا ويصح التقدم اليه عند السلطان وغيره لانه مطالبة بالتفريغ فيتفرد به كل
صاحب حق قال وان مال الى دار رجل فالمطالبة الى مالك الدار خاصة لان الحق
له على الخصوص وان كان فيها سكان لهم ان يطالبوه لان لهم المطالبة بازالة ما شغل
الدار فكذا بازالة ما شغل هواها ولو اجله صاحب الدار او ابراه منها او فعل ذلك ساكنوها
فذلك جائز ولا ضمان عليه فيما تلف به الحائط لان الحق لهم بخلاف ما اذا مال الى الطريق
فاجله القاضي او من اشهد عليه حيث لا يصح لان الحق لجماعة الناس وليس اليهما ابطال
حقهم ولو باع الدار بعد ما اشهد عليه وقبضها المشتري برئ من ضمانه لان الجناية
بترك الهدم مع تمكنه وقد زال التمكن بالبيع بخلاف اشراع الجناح لانه كان جانيا بالوضع
ولم ينفسخ بالبيع فلا يبرا على ما ذكرنا ولا ضمان على المشتري لانه لم يشهد عليه ولو اشهد

بعد شراه فهو ضامن لتركه التفريغ مع تمكنه بعد ما طولب به والاصل انه يصح التقدم الى كل من
يتمكن من نقض الحائط وتفريغ الهواء ومن لا يتمكن منه لا يصح التقدم اليه كالمرتهن والمستاجر والمودع
وساكن الدار ويصح التقدم الى الراهن لقدرته على ذلك بواسطة الفكاك والى الوصي والى الاب
في اليتيم لان فعل هؤلاء كفعله والى المكاتب لان الولاية له وذكر الامام في الزيادات والضمان في
مال اليتيم والى العبد التاجر سواء كان عليه دين او لم يكن لان ولاية النقض له ثم التالف بسقوطه
ان كان مالا فهو في عنق العبد وان كان نفسا فهو على عاقلة المولى لان الاشهاد من وجه على المولى
وضمان المال اليق بالعبد وضمان النفس بالمولى ويصح التقدم الى احد الورثة في نصيبه وان كان
لا يتمكن من نقض الحائط وحده لتمكنه من اصلاح نصيبه بطريقه وهو المرافعة الى القاضي
ولو سقط الحائط المائل على انسان بعد الاشهاد فقتله فتعثر بالقتيل غيره فعطب لا يضمنه
لان التفريغ عنه الى الاولياء لا اليه وان عطب بالنقض ضمنه لان التفريغ اليه اذ النقض
ملكه والاشهاد على الحائط اشهاد على النقض لان المقصود امتناع الشغل ولو عطب بجرة
كانت على الحائط فسقطت بسقوطه وهي ملكه ضمنه لان التفريغ اليه وان كان ملك غيره
لا يضمنه لان التفريغ الى مالكها قال واذا كان الحائط بين خمسة رجال اشهد على احدهم
فقتل انسانا ضمن خمس الدية ويكون ذلك على عاقلته وكذلك ان كان دار بين ثلاثة نفر فحفر
احدهم فيها بيرا او بنى حائطا فعطب به انسان فعليه ثلثا الدية على عاقلته وهذا عند
ابي حنيفة وقالا عليه نصف الدية على عاقلته في الفصلين لهما ان التلف بنصيب من اشهد
عليه معتبر وبنصيب من لم يشهد عليه هدر فكانا قسمين فانقسم نصفين كما في عقر الاسد
ونهش الحية وجرح الرجل وله ان الموت حصل بعلة واحدة وهو الثقل المقدر والعمق
المقدر لان اصل ذلك ليس بعلة وهو القليل حتى يعتبر كل جزء علة فتجتمع العلل واذا كان
كذلك يضاف الى العلة الواحدة ثم يقسم على اربابها بقدر الملك بخلاف الجراحات فان كل
جراحة علة للتلف بنفسها صغرت او كبرت على ما عرف الا ان عند المزاحمة اضيف الى الكل لعدم
الاولوية **باب جناية البهيمة** والجناية عليها قال الراكب ضامن لما اوطات الدابة ما اصابت
بيدها او رجلها او راسها او كدمت او خبطت وكذا اذا صدمت ولا يضمن ما نفحت برجلها
او ذنبها والاصل ان المرور في طريق المسلمين مباح مقيد بشرط السلامة لانه يتصرف في حقه
من وجه وفي حق غيره من وجه لكونه مشتركا بين كل الناس فقلنا بالاباحة مقيدا بما ذكرنا
ليعتدل النظر من الجانبين ثم انما يتقيد بشرط السلامة عما يمكن الاحتراز عنه ولا يتقيد بها
فيما لا يمكن التحرز عنه لما فيه من المنع عن التصرف وسد بابه وهو مفتوح والاحتراز عن الايطاء
وما يضاهيه ممكن فانه ليس من ضرورات التسيير فقيدناه بشرط السلامة عنه والنفحة
بالرجل والذنب ليس يمكنه الاحتراز عنه مع السير على الدابة فلم يتقيد به فان اوقفها في الطريق

ضمن النفحة

ضمن النفحة ايضا لانه يمكنه التحرز عن الايقاف وان لم يمكنه عن النفحة فصار متعديا في الايقاف
وشغل الطريق به فيضمنه قال وان اصابت بيدها او رجلها حصاة او نواة او اثارت غبارا
او حجرا صغيرا ففقا عين انسان او افسد ثوبه لم يضمن وان كان حجرا كبيرا ضمن لانه في الوجه الاول
لا يمكن التحرز عنه اذ سير الدواب لا يعرى عنه وفي الثاني ممكن لانه ينفك عن السير عادة
وانما ذلك بتعنيف الراكب والمرتدف فيما ذكرنا كالراكب لان المعنى لا يختلف قال فان راثت
او بالت في الطريق وهي تسير فعطب به انسان لم يضمن لانه من ضرورات السير فلا يمكنه
الاحتراز عنه وكذا اذا اوقفها لذلك لان من الدواب ما لا يفعل ذلك الا بالايقاف ولانه
ليس من ضرورات السير ثم هو اكثر ضررا بالمارة من السير لما انه ادوم منه فلا يلحق به قال
والسائق ضامن لما اصابت بيدها او رجلها والقائد ضامن لما اصابت بيدها دون رجلها
والمراد النفحة قال رضي الله عنه هكذا ذكره القدوري في مختصره واليه مال بعض المشايخ ووجهه
ان النفحة بمراى عين السائق فيمكنه الاحتراز عنه وغائب عن بصر القائد فلا يمكنه التحرز عنه وقال
اكثر المشايخ ان السائق لا يضمن النفحة ايضا وان كان يراها اذ ليس على رجلها ما يمنعها به
فلا يمكنه التحرز عنه بخلاف الكدم لامكانه كبحها بلجامها وبهذا ينطق اكثر النسخ وهو الاصح
وقال الشافعي يضمنون كلهم لان فعلها مضاف اليهم والحجة عليه ما ذكرناه وقوله عليه السلام
الرجل جبار معناه النفحة بالرجل وانتقال الفعل بتخويف القتل كما في المكره وهذا تخويف
بالضرب وفي الجامع الصغير وكل شيء ضمنه الراكب ضمنه السائق والقائد لانهما مسببان
بمباشرتهما شرط التلف وهو التقريب الى مكان الجناية فيتقيد بشرط السلامة فيما يمكن
الاحتراز عنه كالراكب الا ان على الراكب فيما وراء الايطاء لان الراكب مباشر فيه لان التلف
بثقله وثقل الدابة تبع له لان سير الدابة مضاف الى راكبها وهي آلة له وهما مسببان
لانه لا يتصل منهما الى المحل شيء وكذا الراكب في غير الايطاء والكفارة حكم المباشرة لا حكم التسبيب
وكذا يتعلق بالايطاء في حق الراكب حرمان الميراث والوصية دون السائق والقائد لانه
يختص بالمباشرة ولو كان راكب وسائق قيل لا يضمن السائق ما اوطات الدابة لان الراكب
مباشر فيه لما ذكرنا والسائق مسبب والاضافة الى المباشر اولى وقيل الضمان عليهما لان
كل ذلك سبب الضمان قال واذا اصطدم فارسان فماتا فعلى عاقلة كل واحد منهما دية
الآخر وقال زفر والشافعي يجب على عاقلة كل واحد منهما نصف دية الآخر لما روي عن علي
عنه ولان كل واحد منهما مات بفعله وفعل صاحبه لانه بصدمته آلم نفسه وصاحبه فيهدر
نصفه ويعتبر نصفه كما اذا كان الاصطدام عمدا او جرح كل واحد منهما نفسه وصاحبه
جراحة او حفرا على قارعة الطريق بيرا فانهار عليهما يجب على كل منهما النصف فكذا هذا
ولنا ان الموت مضاف الى فعل صاحبه لان فعله في نفسه مباح وهو المشي في الطريق

بخشبه فهو ضامن لتركه التفريغ مع تمكنه بعد ما طولب به والاصل انه يصح التقدم الى كل من
يتمكن من نقض الحائط وتفريغ الهواء ومن لا يتمكن منه لا يصح التقدم اليه كالمرتهن والمستاجر والمودع
وساكن الدار ويصح التقدم الى الراهن لقدرته على ذلك بواسطة الفكاك والى الوصي والى اب
اليتيم لان فعل هؤلاء كفعله والى المكاتب لان الولاية له وذكر الام في الزيادات والضمان في
مال اليتيم والحائط لليتيم سواء كان عليه دين او لم يكن لان ولاية النقض له ثم التالف بسقوطه
ان كان مالا فهو في عنق العبد وان كان نفسا فهو على عاقلة المولى لان الاشهاد من وجه على المولى
وضمان المال اليق بالعبد وضمان النفس بالمولى ويصح التقدم الى احد الورثة في نصيبه وان
كان لا يتمكن من نقض الحائط وحده لتمكنه من اصلاح نصيبه بطريقه وهو المرافعة الى القاضي
ولو سقط الحائط المائل على انسان بعد الاشهاد فقتله فتعثر بالقتيل غيره فعطب لا يضمنه
لان التفريغ عنه الى الاولياء لا اليه وان عطب بالنقض ضمنه لان التفريغ اليه اذ النقض
ملكه والاشهاد على الحائط اشهاد على النقض لان المقصود امتناع الشغل ولو عطب بجرة
كانت على الحائط فسقطت بسقوطه وهي ملكه ضمنه لان التفريغ اليه وان كان ملك غيره
لا يضمنه لان التفريغ الى مالكها قال واذا كان الحائط بين خمسة رجال اشهد على احدهم
فقتل انسانا ضمن خمس الدية ويكون ذلك على عاقلته وكذلك ان كان دار بين ثلاثة نفر فحفر
احدهم فيها بئرا او بنى حائطا فعطب به انسان فعليه ثلثا الدية على عاقلته وهذا عند
ابي حنيفة وقالا عليه نصف الدية على عاقلته في الفصلين لهما ان التلف بنصيب من اشهد
عليه معتبر وبنصيب من لم يشهد عليه هدر فكانا قسمين فانقسم نصفين كما في عقر الاسد
ونهش الحية وجرح الرجل وله ان الموت حصل بعلة واحدة وهو الثقل المقدر والعمق
المقدر لان اصل ذلك ليس بعلة وهو القليل حتى يعتبر كل جزء علة فيجتمع العلل واذا كان
كذلك يضاف الى العلة الواحدة ثم يقسم على اربابها بقدر الملك بخلاف الجراحات فان كل
جراحة علة للتلف بنفسها صغرت ام كبرت على ما عرف الا ان عند المزاحمة اضيف الى الكل لعدم
الاولوية **باب جناية البهيمة** والجناية عليها قال الراكب ضامن لما اوطئت الدابة ما اصابت
بيدها او رجلها او راسها او كدمت او خبطت وكذا اذا صدمت ولا يضمن ما نفحت برجلها
او ذنبها والاصل ان المرور في طريق المسلمين مباح مقيد بشرط السلامة لانه يتصرف في حقه
من وجه وفي حق غيره من وجه لكونه مشتركا بين كل الناس فقلنا بالاباحة مقيدا بما ذكرنا
ليعتدل النظر من الجانبين ثم انما يتقيد بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه ولا يتقيد بها
فيما لا يمكن التحرز عنه لما فيه من المنع عن التصرف وسد بابه وهو مفتوح والاحتراز عن الايطاء
وما يضاهيه ممكن فانه ليس من ضرورات التسيير فقيدناه بشرط السلامة عنه والنفحة
بالرجل والذنب ليس يمكنه الاحتراز عنه مع السير على الدابة فلم يتقيد به فان اوقفها في الطريق

ضمن النفحة ايضا لانه يمكنه التحرز عن الايقاف وان لم يمكنه عن النفحة فصار متعديا في الايقاف
وشغل الطريق به فيضمنه قال وان اصابت بيدها او رجلها حصاة او نواة او اثارت غبارا
او حجرا صغيرا ففقا عين انسان او افسد ثوبه لم يضمن وان كان حجرا كبيرا ضمن لانه في الوجه الاول
لا يمكن التحرز عنه اذ سير الدواب لا يعرى عنه وفي الثاني ممكن لانه ينفك عن السير عادة
وانما ذلك بتعنيف الراكب والمرتدف فيما ذكرنا كالراكب لان المعنى لا يختلف قال فان راثت
او بالت في الطريق وهي تسير فعطب به انسان لم يضمن لانه من ضرورات السير فلا يمكنه
الاحتراز عنه وكذا اذا اوقفها لذلك لان من الدواب ما لا يفعل ذلك الا بالايقاف وان
ليس من ضرورات السير ثم هو اكثر ضررا بالمارة من السير لما انه ادوم منه فلا يلحق به قال
والسائق ضامن لما اصابت بيدها او رجلها والقائد ضامن لما اصابت بيدها دون رجلها
والمراد النفحة قال رضي الله عنه هكذا ذكره القدوري في مختصره واليه مال بعض المشايخ ووجهه
ان النفحة بمرأى عين السائق فيمكنه الاحتراز عنه وغائب عن بصر القائد فلا يمكنه التحرز عنه وقال
اكثر المشايخ ان السائق لا يضمن النفحة ايضا وان كان يراها اذ ليس على رجلها ما يمنعها به
فلا يمكنه التحرز عنه بخلاف الكدم لامكانه كبحها بلجامها وبهذا ينطق اكثر النسخ وهو الاصح
وقال الشافعي يضمنون النفحة كلهم لان فعلها مضاف اليهم والحجة عليه ما ذكرناه وقوله عليه السلام
الرجل جبار معناه النفحة بالرجل وانتقال الفعل بتخويف القتل كما في المكره وهذا يتحقق
بالضرب وفي الجامع الصغير وكل شيء ضمنه الراكب ضمنه السائق والقائد لانهما مسببان
بمباشرتهما شرط التلف وهو تقريب الدابة الى مكان الجناية فيتقيد بشرط السلامة فيما يمكن
الاحتراز عنه كالراكب الا ان على الراكب فيما وراء الايطاء لان الراكب مباشر فيه لان التلف
بثقله وثقل الدابة تبع له لان سير الدابة مضاف الى راكبها وهي آلة له وهما مسببان
لانه لا يتصل منهما الى المحل شيء وكذا الراكب في غير الايطاء والكفارة حكم المباشرة لا حكم التسبيب
وكذا يتعلق بالايطاء في حق الراكب حرمان الميراث والوصية دون السائق والقائد لانه
يختص بالمباشرة ولو كان راكب وسائق قيل لا يضمن السائق ما اوطأت الدابة لان الراكب
مباشر فيه لما ذكرنا والسائق مسبب والاضافة الى المباشر اولى وقيل الضمان عليهما لان
كل ذلك سبب الضمان قال واذا اصطدم فارسان فماتا فعلى عاقلة كل واحد منهما دية
الآخر وقال زفر والشافعي يجب على عاقلة كل واحد منهما نصف دية الآخر يروى ذلك عن
علي ولان كل واحد منهما مات بفعله وفعل صاحبه لانه بصدمته آلم نفسه وصاحبه فيهدر
نصفه ويعتبر نصفه كما اذا كان الاصطدام عمدا او جرح كل واحد منهما نفسه وصاحبه
جراحة او حفرا على قارعة الطريق بئرا فانهار عليهما يجب على كل منهما النصف فكذا هذا
ولنا ان الموت مضاف الى فعل صاحبه لان فعله في نفسه مباح وهو المشي في الطريق

فلا يصلح سببا للاضافة فى حق الضمان كالماشى اذا لم يعلم بالبير ووقع فيها لا يجب الضمان على
فعل صاحبه وان كان مباحا لكن الفعل المباح فى غيره سبب الضمان كالنايم اذا انقلب على غيره
وروى عن على رضى الله عنه انه اوجب على كل واحد منهما كل الدية فتعارضت روايتاه فرجحنا
بما ذكرنا وفيما ذكر من المسايل الفعلان محظوران فوضع المسئلة هذا الذى ذكرنا اذا كانا
حرين فى العمد والخطا ولو كانا عبدين يهدر الدم فى الخطا لان الجناية تعلقت برقبة
كل دفعا وفداء وقد فاتت لا الى خلف من غير فعل المولى فيهدر ضرورة وكذا فى العمد لان كل
واحد منهما هلك بعد ما جنى ولم يخلف بدلا ولو كان احدهما حرا والآخر عبدا ففى الخطا
يجب على عاقلة الحر المقتول قيمة العبد فياخذها ورثة المقتول الحر ويبطل حق الحر المقتول
فى الدية فيما زاد على القيمة لان على اصل ابى حنيفة ومحمد تجب القيمة على العاقلة لانه ضمان
الآدمى فقد اخلف بدلا بهذا القدر فياخذه ورثة الحر المقتول ويبطل ما زاد عليه لعدم
الخلف وفى العمد يجب على عاقلة الحر نصف قيمة العبد لان المضمون هو النصف فى العمد
وهذا القدر ياخذه ولى المقتول وما على العبد فى رقبته وهو النصف دية الحر يسقط
بموته الا قدر ما اخلف من البدل وهو نصف القيمة قال ومن ساق دابة فوقع
السرج على رجل فقتله ضمن وكذا على هذا ساير ادواته كاللجام ونحوه وكذا ما يحمل عليها
لانه متعدى فى هذا التسبيب لان الوقوع بتقصير منه وهو ترك الشد والاحكام فيه
بخلاف الرداء لانه لا يشد فى العادة ولانه قاصد لحفظ هذه الاشيا كما فى المحمول على
عاتقه دون اللباس على ما مر من قبل فيتقيد بشرط السلامة قال ومن قاد قطارا
فهو ضامن لما اوطا فان وطئ بعير انسانا ضمن به الدية على العاقلة لان القايد عليه حفظ
القطار كالسايق وقد امكنه ذلك وقد صار متعديا بالتقصير فيه والتسبيب بوصف
التعدى سبب للضمان الا ان ضمان النفس على العاقلة فيه وضمان المال فى ماله وان كان
معه سايق فالضمان عليهما لان قايد الواحد قايد للكل وكذا سايقه لاتصال الازمة
وهذا اذا كان السايق فى جانب من الابل اما اذا توسطها واخذ بزمام واحد يضمن
السايق ما عطب بما هو خلفه ويضمنان ما تلف بما بين يديه لان القايد لا يقود ما خلفه
لانفصام الزمام والسايق يسوق ما يكون قدامه قال وان ربط رجل بعيرا
الى القطار والقايد لا يعلم فوطئ المربوط انسانا فقتله فعلى عاقلة القايد الدية
لانه يمكنه صيانة القطار عن ربط غيره فاذا ترك الصيانة صار متعديا وفى التسبيب الدية
على العاقلة كما فى قتل الخطا ثم يرجعون بها على عاقلة الرابط لانه هو الذى اوقعهم
فى هذه العهدة وانما يجب الضمان عليهما فى الابتدا وكل منهما مسبب لان الربط
من القايد بمنزلة التسبيب من الباشر لاتصال التلف بالقود دون الربط قالوا
هذا اذا ربط والقطار تسير لانه آمر بالقود دلالة واذا لم يعلم به لا يمكنه التحفظ

من ذلك فيكون قرار الضمان على الرابط اما اذا ربط والابل قيام ثم قادها ضمنها
القايد لانه قاد بعير غيره بغير اذنه لا صريحا ولا دلالة فلا يرجع بما لحقه عليه قال
ومن ارسل بهيمة وكان لها سايقا فاصابت فى فورها يضمن لان الفعل انتقل اليه بواسطة
السوق ولو ارسل طيرا وساقه فاصاب فى فوره لا يضمن والفرق ان بدن البهيمة يحتمل
السوق فاعتبر سوقه والطير لا يحتمل السوق فصار وجود السوق وعدمه بمنزلة وكذا
لو ارسل كلبا ولم يكن له سايقا فاخذ الصيد وقتله حل والفرق ان البهيمة مختارة
فى فعله ولا يصلح نايبا عن المرسل فلا يضاف فعله الى غيره وهذا هو الحقيقة الا
ان الحاجة مست فى الاصطياد فاضيف الى المرسل لان الاصطياد مشروع ولا طريق
له سواه ولا حاجة فى حق ضمان العدوان وعن ابى يوسف انه اوجب الضمان فى هذا
كله احتياطا لاموال الناس قال رضى الله عنه وذكر فى المبسوط اذا ارسل دابة فى طريق
المسلمين فاصاب فى فورها فالمرسل ضامن لان سيرها مضاف اليه ما دامت تسير
على سننها ولو انعطفت يمنة او يسرة انقطع حكم الارسال الا اذا لم يكن له طريق آخر
سواه وكذا اذا وقفت ثم سارت بخلاف ما اذا وقفت بعد الارسال فى الاصطياد
ثم سارت فاخذت الصيد لان تلك الوقفة تحقق مقصود المرسل لانه لتمكنه من الصيد
وهذه تنافى مقصود المرسل فينقطع حكم الارسال وبخلاف ما اذا ارسله الى صيد فاصاب
نفسا او مالا فى فوره لا يضمنه من ارسله وفى الارسال فى الطريق يضمنه لان شغل
الطريق تعدى فيضمن ما تولد منه اما الارسال للاصطياد فمباح ولا تسبيب الا بوصف
التعدى ولو ارسل بهيمة فافسدت زرعا على فوره ضمن المرسل وان مالت يمينا او شمالا
وله طريق آخر لا يضمن لما مر ولو انفلتت الدابة فاصابت مالا او آدميا ليلا او نهارا
لا ضمان على صاحبها لقوله عليه السلام العجماء جبار قال محمد هى المنفلتة ولان الفعل
غير مضاف اليه لعدم ما يوجب النسبة اليه من الارسال واخواته قال شاة لقصاب
فقئت عينها ففيها ما نقصها لان المقصود هو اللحم فلا يعتبر الا النقصان وفى عين بقرة
الجزار وجزوره ربع القيمة وكذا فى عين الحمار والبغل والفرس وقال الشافعى النقصان
ايضا اعتبارا بالشاة ولنا ما روى عن النبى عليه السلام قضى فى عين الدابة بربع القيمة
وهكذا قضى عمر رضى الله عنه ولان فيها مقاصد سوى اللحم كالحمل والركوب والزينة
والجمال والعمل فمن هذا الوجه تشبه الآدمى وقد تمسك للاكل فمن هذا تشبه المأكولات
فعملنا بالشبهين بشبه الآدمى فى ايجاب الربع وبالشبه الآخر فى نفى النصف ولانه
انما يمكن اقامة العمل بها باربعة اعين عيناها وعينا المستعمل فكانها ذات اعين اربعة
فيجب الربع بفوات احدها ومن سار على دابة فى الطريق فضربها رجل او نخسها فنفحت

رجلا او ضربته بيدها او نفرت فصدمته فقتلته كان ذلك على الناخس هو المروي عن عمر
وابن مسعود رضي الله عنهما ولان الراكب والمركب مدفوعان بدفع الناخس فاضيف فعل
الدابة اليه كانه فعله بيده ولان الناخس متعد في تسبيبه والراكب في فعله غير
متعد فترجح جانبه في التغريم للتعدي حتى لو كان واقفا دابته على الطريق يكون الضمان
على الراكب والناخس نصفين لانه متعد في الايقاف ايضا وان نفحت الناخس كان دمه هدرا لانه
بمنزلة الجاني على نفسه وان القت الراكب فقتلته كان على عاقلة الناخس لانه متعد
في تسبيبه وفيه الدية على العاقلة ولو وثبت بنخسه على رجل او وطئته فقتلته كان ذلك
على الناخس دون الراكب لما بينا والواقف في ملكه والذي يسير في ذلك سواء وعن ابي
يوسف انه يجب الضمان على الناخس والراكب نصفين لان التلف حصل بثقل الراكب ووطئ
الدابة والثاني مضاف الى الناخس فيجب الضمان عليهما وان نخسها باذن الراكب كان
ذلك بمنزلة فعل الراكب لو نخسها ولا ضمان عليه في نفحتها لانه امره بما يملكه اذ النخس
في معنى السوق فصح امره به وانتقل اليه لمعنى الامر ولو وطئت رجلا في سيرها وقد نخسها الناخس
باذن الراكب فالدية عليهما جميعا اذا كانت في فورها الذي نخسها لان سيرها في تلك الحالة
مضاف اليهما والاذن يتناول فعله السوق ولا يتناوله من حيث انه اتلاف فمن هذا الوجه
يقتصر عليه والركوب وان كان علة للوطئ فالنخس ليس بشرط لهذه العلة بل هو شرط او
علة للسير والسير علة للوطئ وبهذا لا يترجح صاحب العلة كمن جرح انسانا فوقع في بئر
حفرها غيره على قارعة الطريق ومات فالدية عليهما لما ان الحفر شرط علة اخرى دون علة
الجرح كذا ههنا ثم قيل يرجع الناخس على الراكب بما ضمن في الايطاء لانه فعل بامره وقيل
لا يرجع وهو الاصح فيما اراه لانه لم يامره بالايطاء والنخس ينفصل عنه وصار كما اذا امر صبيا
يستمسك على الدابة بتسييرها فوطئت انسانا ومات حتى ضمن عاقلة الصبي فان هم لا يرجعون
على الامر لانه امره بالتسيير والايطاء ينفصل عنه وكذا اذا ناوله سلاحا فقتل به آخر ضمن ولا
يرجع على الامر ثم الناخس انما يضمن اذا كان الايطاء في فور النخس حتى يكون السوق مضافا
اليه واذا لم يكن في فور ذلك فالضمان على الراكب لانقطاع اثر النخس فبقي السوق
مضافا الى الراكب على الكمال ومن قاد دابة فنخسها غيره لانه مضاف اليه والناخس اذا كان
عبدا فالضمان في رقبته وان كان صبيا ففي ماله لانهما يؤاخذان بافعالهما ولو نخسها شيء
منصوب في الطريق فنفحت انسانا فقتلته فالضمان على من نصب ذلك الشيء لانه متعد بشغل
الطريق فاضيف اليه كانه نخسها بفعله

باب جناية المملوك والجناية عليه

قال واذا جنى العبد جناية خطأ قيل لمولاه اما ان تدفعها او تفديه وقال الشافعي رحمه الله جنايته
في رقبته يباع فيها الا ان يقضي المولى الارش وفائدة الاختلاف في اتباع الجاني بعد العتق

والمسألة مختلفة بين الصحابة رضي الله عنهم له ان الاصل في موجبه ان يجب على المتلف لانه هو
الجاني الا ان العاقلة تتحمل عنه ولا عاقلة للعبد لان العقل عندي بالقرابة ولا قرابة بين العبد
ومولاه فيجب في ذمته كما في الدين ويتعلق برقبته يباع فيه كما في الجناية على المال ولنا
ان الاصل في الجناية على الادمي حالة الخطأ ان يتباعد عن الجاني تحرزا عن استيصاله والاجحاف
به اذ هو معذور فيه حيث لم يتعمد الجناية ويجب على عاقلة الجاني اذا كان له عاقلة
والمولى عاقلته لان العبد يستنصر به والاصل في العاقلة عندنا النصرة حتى يجب على اهل
الديوان بخلاف الذمي لانهم لا يتعاقلون فيما بينهم فلا عاقلة فيجب في ذمته صيانة للدم
عن الهدر وبخلاف الجناية على المال لان العواقل لا تعقل المال الا انه يخير بين الدفع
والفداء لانه واحد وفي اثبات الخيرة نوع تخفيف في حقه كيلا يستأصل غير ان الواجب الاصلي
هو الدفع في الصحيح ولهذا يسقط الموجب بموت العبد لفوات محل الواجب وان كان
له حق النقل الى الفداء كما في مال الزكوة بخلاف موت الجاني الحر لان الواجب لا يتعلق بالحر
استيفاء فصار كالعبد في صدقة الفطر قال فان دفعه ملكه ولي الجناية وان فداه
فداه بارشها وكل ذلك يلزمه حالا اما الدفع فلان التاجيل في الاعيان باطل وعند
اختياره الواجب عين واما الفداء فلانه جعل بدلا عن العبد في الشرع وان كان مقدرا
بالمتلف ولهذا سمي فداء فيقوم مقامه وياخذ حكمه فلهذا وجب حالا كالمبدل وايهما
اختاره وفعله لا شيء لولي الجناية غيره اما الدفع فلان حقه متعلق به فاذا خلى بينه وبين
الرقبة سقط واما الفداء فلانه لا حق له الا الارش فاذا اوفاه حقه سلم العبد له فان لم يختر
شيئا حتى مات العبد بطل حق المجني عليه لفوات محل حقه على ما بيناه وان مات بعد
ما اختار الفداء لم يبرأ لتحول الحق من رقبة العبد الى ذمة المولى قال فان عاد فجنى كان
حكم الجناية الثانية حكم الاولى معناه بعد الفداء لانه لما طهر عن الجناية بالفداء جعل كان لم
يكن وهذا ابتداء جناية قال وان جنى جنايتين قيل للمولى اما ان تدفعه الى وليي الجنايتين
يقتسمانه على قدر حقيهما واما ان تفديه بارش كل واحد منهما لان تعلق الاولى برقبته لا يمنع
تعلق الثانية بها كالديون المتلاحقة الا ترى ان ملك المولى لم يمنع تعلق الجناية فحق
المجني عليه الاول اولى ان لا يمنع ومعنى قوله على قدر حقيهما على قدر ارش جنايتهما وان كانوا
جماعة يقتسمون العبد المدفوع على قدر حصصهم وان فداه فداه بجميع اروشهم لما ذكرنا
ولو قتل واحدا وفقأ عين آخر يقتسمانه اثلاثا لان ارش العين على النصف من ارش النفس
وعلى هذا حكم الشجات وللمولى ان يفدي من بعضهم ويدفع الى بعضهم مقدار ما تعلق
به حقه من العبد لان الحقوق مختلفة باختلاف اسبابها وهي الجنايات المختلفة بخلاف
مقتول العبد اذا كان له وليان لم يكن له ان يفدي من احدهما ويدفع الى الاخر لان الحق متحد

لاتحاد سببه وهو الجناية المتحدة والحق يجب للمقتول ثم للوارث خلافة عنه فلا يملك النقل
في موجبها قال فان اعتقه المولى وهو لا يعلم بالجناية ضمن الاقل من قيمته ومن ارشها
وان اعتقه بعد العلم بالجناية وجب عليه الارش لانه في الاول فوت حقه فيضمنه وحقه
في اقلهما ولا يصير مختارا للفداء لانه لا اختيار بدون العلم وفي الثاني صار مختارا
لان الاعتاق يمنعه من الدفع فالاقدام عليه اختيار منه للآخر وعلى هذين الوجهين البيع
والهبة والتدبير والاستيلاد لان كل ذلك مما يمنع الدفع لزوال الملك به بخلاف الاقرار
على رواية الاصل لانه لا يسقط به حق ولي الجناية فان المقر له يخاطب بالدفع اليه وليس
فيه نقل الملك لجواز ان الامر كما قاله المقر والحقه الكرخي باخواته لانه ملك في الظاهر
فيستحقه المقر له باقراره فاشبه البيع واطلاق الجواب في الكتاب ينتظم النفس وما
دونها وكذا المعنى لا يختلف واطلاق البيع ينتظم بشرط الخيار للمشتري لانه يزيل الملك
بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع ونقضه وبخلاف العرض على البيع لان الملك ما زال ولو
لو باعه بيعا فاسدا لان موجبه يثبت قبل قبض البدل فيصير بقبضه مختارا ولو باعه مولاه
من المجني عليه فهو مختار بخلاف ما اذا وهبه منه لان المستحق اخذه بغير عوض وهو متحقق
في الهبة دون البيع واعتاق المجني عليه بامر المولى بمنزلة اعتاق المولى فيما ذكرناه لان فعل
المامور مضاف اليه ولو ضربه فنقصه فهو مختار اذا كان عالما بالجناية لانه حبس جزء منه
وكذا اذا كانت بكرا فوطئها وان لم يكن معلقا لما قلنا بخلاف التزويج لانه عيب من حيث الحكم
وبخلاف وطي الثيب على ظاهر الرواية لانه لا ينتقص من غير اعلاق وبخلاف الاستخدام لانه
لا يختص بالملك ولهذا لا يسقط به خيار الشرط ولا يصير مختارا بالاجارة والرهن في الاظهر
وكذا بالاذن في التجارة وان ركبه دين لان الاذن لا يفوت الدفع ولا ينقص الرقبة الا ان
لولي الجناية ان يمتنع من قبوله لان الدين لحقه من جهة المولى فيلزم المولى قيمته قال ومن قال
لعبده ان قتلت فلانا او رميته او شججته فانت حر فهو مختار للفداء ان فعل ذلك وقال زفر
لا يصير مختارا الا ترى انه لو علق الطلاق والعتاق بالشرط ثم حلف ان لا يطلق ولا يعتق
ثم وجد الشرط وثبت العتق والطلاق لا يحنث في يمينه كذا هذا ولنا انه علق الاعتاق
بالجناية والمعلق بالشرط ينزل عند وجود الشرط كالمنجز فصار كما اعتقه بعد الجناية الا
ترى ان من قال لامراته ان دخلت الدار فوالله لا اقربك يصير ابتداء الايلاء من وقت الدخول
وكذا اذا قال لها اذا مرضت فانت طالق ثلاثا فمرض حتى طلقت ومات من ذلك المرض
يصير فارا لانه يصير مطلقا بعد وجود المرض بخلاف ما اذا اورد لان غرضه طلاق او عتق
يمكنه الامتناع عنه عند ذلك اليمين للمنع فلا يدخل تحته ما لا يمكنه الامتناع عنه ولانه حرضه
على مباشرة الشرط بتعليق اقوى الدواعي اليه والظاهر انه يفعله فهذا دلالة الاختيار

قال واذا قطع العبد يد رجل عمدا فدفع اليه بقضاء او بغير قضاء فاعتقه ثم مات من
اليد فالعبد صلح بالجناية وان كان لم يعتقه رده على المولى وقيل للاولياء اقتلوه
او اعفوا عنه ووجه ذلك وهو انه اذا لم يعتقه وسرى تبين ان الصلح وقع باطلا
لان الصلح كان عن المال لان اطراف العبيد لا يجري القصاص بينها وبين اطراف الحر فاذا
سرى تبين ان المال غير واجب وانما الواجب هو القود وكان الصلح واقعا بغير بدل
فبطل والباطل لا يورث الشبهة كما اذا وطئ المطلقة الثلاث في عدتها مع العلم بحرمتها
عليه فوجب القصاص بخلاف ما اذا اعتقه لان اقدامه على الاعتاق يدل على قصده تصحيح
الصلح لان الظاهر ان من تقدم على تصرف يقصد تصحيحه ولا صحة لهذا الصلح الا وان يجعل
صلحا عن الجناية وما يحدث منها ولهذا لو نص عليه ورضي المولى به يصح وقد دل الدليل
على الرضى به هنا لانه لما رضي بكون العبد عوضا عن القليل يكون راضيا بكونه عوضا
عن الكثير فاذا اعتق يصح الصلح في ضمن الاعتاق ابتداء واذا لم يعتق لم يوجد الصلح
ابتداء والصلح الاول وقع باطلا فيرد العبد الى المولى والاولياء على خيرتهم في العفو و
القتل وذكر في بعض نسخ رجل قطع يد رجل عمدا فصالح القاطع المقطوع يده على عبد
ودفعه اليه فاعتقه ثم مات من ذلك فالعبد صلح بالجناية على ما خرجناه ذكرناه من الرواية
وهذا الوضع يرد اشكالا فيما اذا عفا عن اليد ثم سرى الى النفس ومات حيث لا يجب
القصاص هنالك وههنا قال يجب قيل ما ذكر ههنا جواب القياس فيكون الوضعان
على القياس والاستحسان وقيل بينهما فرق ووجهه ان العفو عن اليد صح ظاهرا
لان الحق كان له في اليد من حيث الظاهر فيصح العفو ظاهرا فبعد ذلك وان بطل حكما
يبقى موجودا حقيقة فكفى لمنع وجوب القصاص اما هنا الصلح لا يبطل الجناية
بل يقررها حيث صالح عنها على مال فاذا لم يبطل الجناية لم يمتنع العقوبة هذا
اذا لم يعتقه اما اذا اعتقه فالتخريج ما ذكرناه من قبل قال واذا جنى العبد
الماذون له جناية وعليه الف درهم فاعتقه المولى ولم يعلم بالجناية فعليه قيمتان
قيمة لصاحب الدين وقيمة لاولياء الجناية لانه اتلف حقين كل واحد منهما مضمون بكل
القيمة على الانفراد الدفع للاولياء والبيع للغرماء فكذا عند الاجتماع ويمكن الجمع
بين الحقين ايفاء من الرقبة الواحدة بان يدفع الى ولي الجناية ثم يباع للغرماء فيضمنهما
بالاتلاف بخلاف ما اذا اتلفه اجنبي حيث تجب قيمة واحدة على المتلف للمولى ويدفعها
المولى الى الغرماء لان الاجنبي انما يضمن للمولى بحكم الملك فلا يظهر في مقابلته الحق لانه
دونه وههنا يجب لكل منهما باتلاف الحق فلا ترجيح فيظهران فيضمنهما قال واذا
استدانت الامة الماذون لها ثم ولدت فانه يباع الولد معها في الدين وان جنت جناية

لم يدفع الولد معها والفرق ان الدين وصف حكمي فيها واجب في ذمتها متعلق برقبتها استيفاء
فيسري الى الولد كولد المرهونة بخلاف الجناية لان وجوب الدفع في ذمة المولى لا في ذمتها
وانما يلاقيها اثر الفعل الحقيقي وهو الدفع والسراية في الاوصاف الشرعية دون الاوصاف
الحقيقية قال واذا كان العبد لرجل زعم رجل ان مولاه اعتقه فقتل العبد وليا لذلك
الرجل خطا فلا شيء له لانه لما زعم ان مولاه اعتقه فقد ادعى الدية على العاقلة وابرأ العبد
والمولى الا انه لا يصدق على العاقلة من غير حجة قال واذا اعتق العبد فقال لرجل
قتلت اخاك خطا وانا عبد وقال الآخر قتلته وانت حر فالقول قول العبد لانه منكر للضمان
لما انه اسنده الى حالة معهودة منافية للضمان اذ الكلام فيما اذا عرف رقه والوجوب
في جناية العبد على المولى دفعا او فداء وصار كما اذا قال البالغ العاقل طلقت امرأتي وانا
صبي وبعت داري وانا صبي او قال طلقت امرأتي وانا مجنون وقد كان جنونه معروفا
كان القول قوله لما ذكرنا قال ومن اعتق جارية ثم قال لها قطعت يدك وانت امتي
وقالت قطعتها وانا حرة فالقول قولها وكذلك كل ما اخذ منها الا الجماع والغلة استحسانا
وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يضمن الا شيئا بعينه يؤمر برده عليها
لانه منكر وجوب الضمان لاسناده الفعل الى حالة معهودة منافية له كما في المسئلة
الاولى وكما في الوطء والغلة وفي الشيء القائم اقر بيدها حيث اعترف بالاخذ منها ثم ادعى
التملك عليه وهي منكرة والقول للمنكر فلهذا يؤمر بالرد اليها ولهما انه اقر بسبب
الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يكون القول له كما اذا قال لغيره فقأت عينك اليمنى
وعيني اليمنى صحيحة ثم فقئت وقال المقر له لا بل فقأتها وعينك اليمنى مفقوءة فان
القول قول المقر له وهذا لانه ما اسنده الى حالة منافية للضمان لانه يضمن يدها لو
قطعها وهي مديونة وكذا يضمن مال الحربي اذا اخذه وهو مستأمن بخلاف الوطء والغلة
لان وطء المولى امته المديونة لا يوجب العقر وكذا اخذه من غلتها وان كانت مديونة
لا يوجب الضمان عليه فحصل الاسناد الى حالة معهودة منافية للضمان قال
واذا امر العبد المحجور عليه بقتل رجل صبيا فقتله فعلى عاقلة الصبي الدية لانه هو القاتل
حقيقة وعمده وخطاؤه سواء على ما بينا من قبل ولا شيء على الامر وكذا اذا كان الآمر صبيا
لانهما لا يؤاخذان باقوالهما لان المؤاخذة فيها باعتبار الشرع وما اعتبر قولهما ولا يرجع
لعاقلة الصبي على الصبي الآمر ابدا ويرجعون على العبد الآمر بعد العتاق لان عدم
الاعتبار لحق المولى وقد زال لا لنقصان اهلية العبد بخلاف الصبي لانه قاصر الاهلية
قال وكذلك ان امر عبدا معناه ان يكون الآمر عبدا والمامور عبدا محجورا عليهما
يخاطب مولى القاتل بالدفع او الفداء ولا رجوع له على الاول في الحال ويجب ان يرجع بعد

العتق باقل من الفداء وقيمة العبد لانه غير مضطر في دفع الزيادة وهذا اذا كان القتل خطا
وكذا اذا كان عمدا والعبد القاتل صغير لان عمده خطا اما اذا كان كبيرا يجب القصاص لجريانه
بين الحر والعبد قال واذا قتل العبد رجلين عمدا ولكل واحد منهما وليان فعفا احد وليي كل واحد
منهما فان المولى يدفع نصفه الى الآخرين او يفديه بعشرة آلاف درهم لانه لما عفا احد وليي كل
واحد منهما سقط القصاص وانقلب مالا فصار كما لو وجب المال من الابتداء وهذا لان
حقهم في الرقبة او في عشرين الفا وقد سقط نصيب العافيين وهو النصف وان كان قتل
احدهما عمدا والآخر خطا فعفا احد وليي العمد فان فداه المولى فداه بخمسة عشر الفا خمسة
آلاف للذي لم يعف من وليي العمد وعشرة آلاف لولي الخطا لانه لما انقلب العمد مالا كان حق وليي
الخطا في كل الدية عشرة آلاف وحق احد وليي العمد في نصفها خمسة آلاف ولا تضايق في الفداء
فيجب خمسة عشر الفا وان دفعه دفعه اليهم اثلاثا ثلثاه لولي الخطا وثلثه لغير العافي من
وليي العمد عند ابي حنيفة وقالا يدفعه ارباعا ثلاثة ارباعه لولي الخطا وربعه لولي العمد
فالقسمة عندهما بطريق المنازعة فيسلم النصف لولي الخطا بلا منازعة واستوت منازعة
الفريقين في النصف الآخر فينتصف فلهذا يقسم ارباعا وعنده يقسم بطريق العول
والمضاربة اثلاثا لان الحق يتعلق بالرقبة اصله التركة المستغرقة بالديون فيضرب
هذا بالكل وذلك بالنصف ولهذه المسئلة نظائر واضداد ذكرناها في الزيادات
قال واذا كان عبد بين رجلين فقتل مولى لهما اي قريبا لهما فعفا احدهما بطل الجميع
عند ابي حنيفة وقالا يدفع الذي عفا نصف نصيبه الى الآخر او يفديه بربع الدية وذكر
في بعض النسخ قتل وليا لهما والمراد التعريف ايضا وذكر في بعض النسخ قول محمد مع قول ابي حنيفة
وعن ابي يوسف الجواب فيه كالجواب في مسئلة الكتاب ولم يذكر اختلاف الرواية
لابي يوسف في المسئلتين ان حق القصاص ثبت في العبد على سبيل الشيوع لان ملك
المولى لا يمنع استحقاق القصاص له فاذا عفا احدهما انقلب نصيب الآخر وهو النصف
مالا غير انه شائع في الكل فيكون نصفه في نصيبه والنصف في نصيب صاحبه فما يكون في
نصيبه سقط ضرورة ان المولى لا يستوجب على عبده مالا وما كان في نصيب صاحبه
بقي وهو نصف النصف هو الربع فلهذا يقال ادفع نصف نصيبك او افده بربع الدية
ولهما ان ما يجب من المال يكون حق المقتول وهو المولى لانه بدل دمه ولهذا يقضى منه ديونه
وينفذ به وصاياه ثم الورثة يخلفونه فيه عند الفراغ من حاجته والمولى لا يستوجب على عبده
دينا فلا يخلفه الورثة فيه **فصل** ومن قتل عبدا خطا فعليه قيمته لا تزاد على عشرة
آلاف درهم فان كانت قيمته عشرة آلاف او اكثر قضي له بعشرة آلاف الا عشرة وفي الامة
اذا زادت قيمتها على الدية خمسة آلاف الا عشرة وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف

يجب عليهما قيمته بالغة ما بلغت ولو غصب عبدا قيمته عشرون الفا وهلك في يده يجب قيمته
بالغة ما بلغت بالاجماع لهما ان الضمان بدل المالية ولهذا يجب للمولى وهو لا يملك العبد
الا من حيث المالية ولو قتل العبد المبيع قبل القبض يبقى العقد وبقاؤه ببقاء المالية اصلا
او بدلا وصار كقليل القيمة وكالغصب ولابي حنيفة ومحمد قوله تعالى ودية مسلمة اوجبها
مطلقا وهي اسم للواجب بمقابلة الادمية ولان فيه معنى الادمية حتى كان مكلفا وفيه معنى
المالية والادمية اعلاهما فيجب اعتبارها باهدار الادنى عند تعذر الجمع بينهما وضمان الغصب
بمقابلة المالية والغصب لا يرد الا على المال وبقاء العقد يتبع الفائدة حتى يبقى بعد قتله
عمدا وان لم يكن القصاص بدلا عن المالية فكذلك امر الدية وفي قليل القيمة الواجب بمقابلة
الادمية الا انه لا سمع فيه فقدرناه بقيمته رايا بخلاف كثير القيمة لان قيمة الحر مقدرة
بعشرة الاف ونقصنا منها في العبد اظهارا لانحطاط رتبته وتعيين العشرة باثر عبد الله
ابن عباس رضي الله عنهما قال وفي يد العبد نصف قيمته لا يزاد على خمسة الاف الا
خمسة لان اليد من الادمي نصفه فيعتبر بكله وينقص هذا المقدار اظهارا لانحطاط رتبته
وكل ما يقدر من دية الحر فهو مقدر من قيمة العبد لان القيمة في العبد كالدية في الحر اذ
هو بدل الدم على ما قررناه وان غصب امة قيمتها عشرون الفا فماتت في يده فعليه
تمام قيمتها لما بينا ان ضمان الغصب ضمان المالية قال ومن قطع يد عبد فاعتقه المولى
ثم مات من ذلك فان كان له ورثة غير المولى فلا قصاص فيه والا اقتص منه وهذا عند ابي حنيفة
وابي يوسف وقال محمد لا قصاص في ذلك وعلى القاطع ارش اليد وما نقصه ذلك
الى ان اعتقه ويبطل الفضل وانما لا يجب القصاص في الوجه الاول لاشتباه من له الحق
لان القصاص يجب عند الموت مستندا الى وقت الجرح وعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى
وعلى اعتبار الحالة الثانية يكون للورثة فتحقق الاشتباه وتعذر الاستيفاء فلا يجب على
وجه يستوفى وفيه الكلام واجتماعهما لا يزيل الاشتباه لان الملكين في الحالين بخلاف العبد
الموصى بخدمته لرجل وبرقبته لاخر اذا قتل لان ما لكل منهما من الحق ثابت من وقت الجرح
الى وقت الموت فاذا اجتمعا زال الاشتباه ولمحمد في الخلافية وهو ما اذا لم يكن للعبد
ورثة سوى المولى ان سبب الولاية قد اختلف لانه الملك على اعتبار احدى الحالتين والو
راثة بالولاء على اعتبار الاخرى فنزل منزلة اختلاف المستحق فيما يحتاط فيه كما اذا قال
لاخر بعتني هذه الجارية بكذا وقال المولى زوجتها منك لا يحل له وطؤها ولان الاعتاق
قاطع للسراية وبانقطاعها يبقى الجرح بلا سراية والسراية بلا قطع فيمتنع القصاص ولهما
انا تيقنا بثبوت الولاية للمولى فيستوفيه وهذا لان المقضي له معلوم والحكم متحد فوجب
القول بالاستيفاء بخلاف الفصل الاول لان المقضي له مجهول ولا معتبر باختلاف السبب

هنا

ههنا لان الحكم لا يختلف بخلاف تلك المسألة لان ملك اليمين يغاير ملك النكاح حكما
والاعتاق لا يقطع السراية لذاته بل لاشتباه من له الحق وذلك في الخطا دون العمد لان
العبد لا يصلح مالكا للمال فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى وعلى اعتبار حالة الموت
يكون الحق للميت لحريته فيقضى منه ديونه وينفذ وصاياه فجاء الاشتباه اما العمد فموجبه
القصاص والعبد مبقى على اصل الحرية فيه وعلى اعتبار ان يكون الحق له فالمولى هو الذي
يتولاه اذ لا وارث له سواه فلا اشتباه فيمن له الحق واذا امتنع في الفصلين عند محمد يجب
ارش اليد وما نقصه من وقت الجرح الى وقت الاعتاق كما ذكرنا لانه حصل على ملكه ويبطل
الفضل وعندهما الجواب عند محمد في الثاني قال ومن قال لعبديه احدكما حر ثم
شجا فاوقع العتق على احدهما فارشهما للمولى لان العتق غير نازل في المعين والشجة تصادف
المعين فبقيا مملوكين في حق الشجة ولو قتلهما رجل تجب دية حر وقيمة عبد والفرق ان البيان
انشاء من وجه اظهار من وجه على ما عرف وبعد الشجة بقي محلا للبيان فاعتبرناه اظهارا محضا
واحدهما حر بيقين فيجب قيمة عبد ودية حر بخلاف ما اذا قتل كل واحد منهما رجل حيث يجب قيمة
المملوكين لانا لم نتيقن بقتل كل واحد منهما حرا وكل واحد منهما ينكر ذلك ولان القياس
يابى ثبوت العتق في المجهول لانه لا يفيد فائدة وانما صححناه ضرورة صحة التصرف واثبتنا
له ولاية النقل من المجهول الى المعلوم فيتقدر بقدر الضرورة وهي في النفس دون الاطراف فبقي
مملوكا في حقها قال ومن فقا عيني عبد انسان فان شاء المولى دفع عبده واخذ قيمته
وان شاء امسكه ولا شيء له من النقصان عند ابي حنيفة وقالا ان شاء امسك العبد واخذ
ما نقصه وان شاء دفع العبد واخذ قيمته وقال الشافعي يضمن كل القيمة ويمسك الجثة لانه
يجعل الضمان مقابلا بالفائت فيبقى الباقي على ملكه كما اذا قطع احدى يديه او فقا احدى عينيه
ونحن نقول ان المالية قائمة في الذات وهي معتبرة في حق الاطراف لسقوط اعتبارها في حق
الذات قصرا عليه واذا كانت معتبرة وقد وجد اتلاف النفس من وجه بتفويت جنس المنفعة
والضمان يتقدر بقيمة الكل فوجب ان يتملك الجثة دفعا للضرر ورعاية للمماثلة بخلاف ما
اذا فقا عيني حر لانه ليس فيه معنى المالية وبخلاف عيني المدبر لانه لا يقبل الانتقال من ملك
الى ملك وفي قطع احدى اليدين وفقا احدى العينين لم يوجد تفويت جنس المنفعة ولهما
ان معنى المالية لما كان معتبرا وجب ان يتخير المولى على الوجه الذي قلناه كما في سائر الاموال
فان من خرق ثوب غيره خرقا فاحشا ان شاء المالك دفع الثوب اليه وضمنه قيمته
وان شاء امسك الثوب وضمنه النقصان وله ان المالية ان كانت معتبرة في الذات
فالادمية غير مهدرة فيه وفي الاطراف ايضا الا ترى ان عبدا لو قطع يد عبد اخر يؤمر
المولى بالدفع او الفداء وهذا من احكام الادمية لان موجب الجناية على المال ان يباع

رقبته فيها ثم من احكام الاولى انه لا ينقسم على الاجزاء ولا يتملك الجثة ومن احكام الثانية ان ينقسم ويتملك الجثة فوفرنا على الشبهين حظهما من الحكم

فى جناية المدبر وام الولد

واذا جنى المدبر او ام الولد جناية ضمن المولى الاقل من قيمته ومن ارشها لما روي عن ابي عبيدة بن الجراح انه قضى بجناية المدبر على مولاه ولانه صار مانعا تسليمه في الجناية وهو لا يعلم وانما يجب الاقل من قيمته ومن الارش لانه لا حق لولي الجناية في اكثر من الارش ولا منع من المولى في اكثر من القيمة ولا يتخير بين الاقل والاكثر لانه لا يفيد في جنس واحد لاختياره الاقل لا محالة بخلاف القن لان الرغبات صادقة في الاعيان فيفيد التخيير بين الدفع والفداء وجنايات المدبر وان توالت لا توجب الا قيمة واحدة لانه لا منع منه الا في رقبة واحدة ولان دفع القيمة كدفع العبد وذلك لا يتكرر فهنا كذلك ويتضاربون بالحصص فيها وتعتبر قيمته لكل واحد في حال الجناية عليه لان المنع في هذا الوقت يتحقق قال فان جنى جناية اخرى وقد دفع المولى القيمة الى ولي الاولى بقضاء فلا شيء عليه لانه مجبور على الدفع قال وان كان المولى دفع القيمة بغير قضاء فالولي بالخيار ان شاء اتبع المولى وان شاء اتبع ولي الجناية وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا شيء على المولى لانه حين دفع لم تكن الجناية الثانية موجودة فقد دفع كل الحق الى مستحقه وصار كما اذا دفع بالقضاء ولابي حنيفة ان المولى جان بدفع حق ولي الثانية فلو عاد ولي الاولى صار من يقبض حقه ظلما فيتخير وهذا لان للثانية مقارنة حكما من وجه ولهذا يشارك ولي الجناية الاولى ومتاخرة حكما من حيث انه تعتبر قيمته يوم الجناية الثانية في حقها فجعلت كالمقارنة في حق التضمين لابطاله ما تعلق به من حق ولي الثانية عملا بالشبهين واذا اعتق المولى المدبر وقد جنى جنايات لم يلزمه الا قيمة واحدة لان الضمان انما وجب عليه بالمنع فصار كوجود الاعتاق من بعد وام الولد بمنزلة المدبر في جميع ما وصفنا لان الاستيلاد مانع من الدفع كالتدبير واذا اقر المدبر بجناية لم يجز اقراره ولا يلزمه شيء عتق او لم يعتق لان موجب جناية الخطأ على سيده واقراره به لا ينفذ على السيد

باب غصب العبد والمدبر والصبي والجناية في ذلك

قال ومن قطع يد عبده ثم غصبه رجل ومات في يده من القطع فعليه قيمته اقطع وان كان المولى قطع يده في يد الغاصب فمات من ذلك في يد الغاصب لا شيء عليه والفرق ان الغاصب قاطع للسراية لانه سبب الملك كالبيع فيصير كانه هلك بآفة سماوية فتجب قيمته اقطع ولم يوجد القاطع في الفصل الثاني فكانت السراية مضافة الى البداية فصار المولى متلفا فيصير مستردا كيف وانه استولى عليه وهو استرداد فيبرأ عن الضمان قال واذا غصب العبد المحجور عليه عبدا محجورا عليه فمات في يده فهو ضامن لان المحجور عليه مؤاخذ بافعاله قال واذا غصب الصبي

ومن غصب عبدا مدبرا فجنى عنده جناية ثم رده على المولى فجنى عنده جناية اخرى فعلى المولى قيمته بينهما نصفان لان المولى بالتدبير السابق اعجز نفسه عن الدفع من غير ان يصير مختارا للفداء فيصير مبطلا حق اولياء الجناية اذ حقهم فيه ولم يمنع الا رقبة واحدة فلا يزاد على قيمتها فيكون بين وليي الجنايتين نصفين لاستوائهما في الموجب قال ويرجع المولى بنصف قيمته على الغاصب لانه استحق نصف البدل بسبب كان في يد الغاصب فصار كما اذا استحق نصف العبد بهذا السبب قال ويدفعه الى ولي الجناية الاولى ثم يرجع بذلك على الغاصب وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يرجع بنصف قيمته فيسلم له لان الذي يرجع به على الغاصب عوض ما سلم لولي الجناية الاولى فلا يدفعه اليه كيلا يؤدي الى اجتماع البدل والمبدل في ملك رجل واحد وكيلا يتكرر الاستحقاق ولهما انه حق الاول في جميع القيمة لانه حين جنى في حقه لا يزاحمه احد وانما انتقص باعتبار مزاحمة الولي الثاني واذا وجد شيئا من بدل العبد في يد المالك فارغا ياخذه ليتم حقه فاذا اخذه منه يرجع المولى بما اخذه على الغاصب لانه استحق من يده بسبب كان في يد الغاصب قال وان كان جنى عند المولى فغصبه رجل فجنى عنده جناية اخرى فعلى المولى قيمته بينهما نصفين ويرجع بنصف القيمة على الغاصب لما بينا في الفصل الاول غير ان استحقاق النصف حصل بالجناية الثانية اذا كانت هي في يد الغاصب فيدفعه الى ولي الجناية الاولى ولا يرجع به على الغاصب وهذا بالاجماع وهذا خلاف الفصل الاول ثم وضع المسئلة في العبد فقال ومن غصب عبدا فجنى في يده ثم رده فجنى جناية اخرى فان المولى يدفعه الى وليي الجنايتين ثم يرجع على الغاصب بنصف القيمة فيدفعه الى الاول ويرجع به على الغاصب وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يرجع بنصف القيمة فيسلم له وان جنى عند المولى ثم غصبه فجنى في يده دفعه المولى نصفين ويرجع بنصف قيمته فيدفعه الى الاول ولا يرجع به والجواب في العبد كالجواب في المدبر في جميع ما ذكرنا الا ان في هذا الفصل يدفع المولى العبد وفي الاول يدفع القيمة قال ومن غصب مدبرا فجنى عنده جناية ثم رده على المولى ثم غصبه ثم جنى عنده جناية فعلى المولى قيمته بينهما نصفين لانه منع رقبة واحدة بالتدبير فيجب عليه قيمة واحدة ثم يرجع بقيمته على الغاصب لان الجنايتين كانتا في يد الغاصب فيدفع نصفها الى الاول لانه استحق كل القيمة لان عند وجود الجناية عليه لا حق لغيره وانما ينتقص بحكم المزاحمة من بعد قال ويرجع به على الغاصب لان الاستحقاق بسبب كان في يده ويسلم له ولا يدفعه الى ولي الجناية الاولى ولا الى ولي الجناية الثانية لانه لا حق له الا في النصف لسبق حق الاول وقد وصل

ذلك اليه ثم قيل هذه المسئلة على الاختلاف كالاولى الذي يرجع بعوض عما سلم الولي
الجناية الاولى لان الثانية كانت في يد المالك فلو دفع اليه ثانيا يتكرر الاستحقاق امالي في
هذه المسئلة يمكن ان يجعل عوضا عن الجناية الثانية لحصولها في يد الغاصب فلا يودي الى
ما ذكرناه قال ومن غصب صبيا حرا فمات في يده فجاة او بحمى فليس عليه شيء وان مات
من صاعقة او نهشة حية فعلى عاقلة الغاصب الدية وهذا استحسان والقياس ان لا
يضمن في الوجهين وهو قول زفر والشافعي لان الغصب في الحر لا يتحقق الا ترى انه لو كان مكاتبا
صغيرا لا يضمن مع انه حر يدا فاذا كان الصغير حرا رقبة ويدا اولى وجه الاستحسان انه لا يضمن
بالغصب ولكن يضمن بالاتلاف وهذا اتلاف تسبيبا لانه نقله الى ارض مسبعة او الى مكان
الصواعق وهذا لان الصواعق والحيات والسباع لا يكون في كل مكان فاذا نقله اليه
فهو متعد فيه فقد ازال حفظ الولي فيضاف اليه لان شرط العلة ينزل منزلة العلة
اذا كان تعديا كالحفر في الطريق بخلاف الموت فجاة او بحمى لان ذلك لا يختلف باختلاف
الاماكن حتى لو نقله الى موضع يغلب فيه الحمى والامراض نقول بانه يضمن وتجب الدية على
العاقلة لكونه قتلا تسبيبا قال واذا اودع صبي عبدا فقتله فعلى عاقلته الدية
وان اودع طعاما فاكله لم يضمن وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف والشافعي
يضمن في الوجهين وعلى هذا اذا اودع العبد المحجور عليه مالا فاستهلكه لا يواخذ بالضمان
في الحال عند ابي حنيفة ومحمد ويواخذ به بعد العتق وعند ابي يوسف والشافعي يواخذ
في الحال وعلى هذا الخلاف الاقراض والاعارة في العبد والصبي وقال محمد في اصل الجامع
الصغير صبي قد عقل وفي الجامع الكبير وضع المسئلة في صبي ابن اثنتي عشرة سنة وهذا
يدل على ان غير العاقل يضمن بالاتفاق لان التسليط غير معتبر وفعله معتبر لهما
انه اتلف مالا متقوما معصوما حقا لمالكه فيجب عليه الضمان كما اذا كانت الوديعة
عبدا وكما اذا اتلفه غير الصبي في يد الصبي المودع ولابي حنيفة ومحمد انه اتلف مالا غير معصوم
فلا يجب الضمان كما اذا اتلفه باذنه ورضاه ولان العصمة تثبت حقا له وقد فوتها
على نفسه حيث وضع المال في يد مانعة فلا يبقى مستحقا للنظر الا اذا اقام غيره مقام
نفسه في الحفظ ولا اقامة هنا لانه لا ولاية له على الصبي ولا للصبي على نفسه بخلاف
البالغ والماذون لان لهما ولاية على انفسهما وبخلاف ما اذا كانت الوديعة عبدا لان
عصمته لحقه اذ هو مبقى على اصل الحرية في حق الدم وبخلاف ما اذا اتلفه غير الصبي في يد
الصبي لانه سقطت العصمة بالاضافة الى الصبي الذي وضع في يده المال دون غيره
قال وان استهلك مالا ضمن يريد به من غير ايداع لان الصبي مواخذ بافعاله وصحة
القصد لا معتبر بها في حقوق العباد باب القسامة واذا وجد القتيل في محلة

لا يعلم من قتله استحلف خمسون رجلا منهم يتخيرهم الولي بالله ما قتلناه وما علمنا له
قاتلا وقال الشافعي اذا كان هناك لوث استحلف الاولياء خمسين يمينا ويقضى لهم بالدية
على المدعى عليه عمدا كانت الدعوى او خطا وقال مالك يقضى بالقود اذا كانت الدعوى
في العمد وهو احد قولي الشافعي واللوث عندهما ان يكون علامة القتل على واحد بعينه او
ظاهر يشهد للمدعي من عداوة ظاهرة او شهادة عدل او جماعة غير عدول ان اهل المحلة قتلوه
وان لم يكن الظاهر شاهدا له فمذهبه مثل مذهبنا غير انه لا يكرر اليمين بل يرد على الولي
فان حلفوا لا دية عليهم وللشافعي في البداية بيمين الولي قوله عليه السلام للاولياء فيقسم منكم
خمسون انهم قتلوه ولان اليمين تجب على من يشهد له الظاهر ولهذا تجب على صاحب اليد
فاذا كان الظاهر شاهدا للولي يبدأ بيمينه ورد اليمين على المدعي اصل له كما في النكول
غير ان هذه دلالة فيها نوع شبهة والقصاص لا يجامعها والمال يجب معها فلهذا وجبت الدية
ولنا قوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه وروى ابن المسيب ان النبي عليه السلام
بدأ باليهود بالقسامة وجعل الدية عليهم لوجود القتيل بين اظهرهم ولان اليمين حجة للدفع
دون الاستحقاق وحاجة الولي الى الاستحقاق ولهذا لا يستحق بيمينه المال المبتذل فاولى
ان لا يستحق به النفس المحترمة وقوله يتخيرهم الولي اشارة الى ان خيار تعيين الخمسين الى الولي
لان اليمين حقه والظاهر انه يختار من يتهمه بالقتل او يختار صالحي اهل المحلة لما ان تحرزهم
عن اليمين الكاذبة ابلغ فيظهر القاتل وفائدة اليمين النكول فان كانوا لا يباشرون ويعلمون
يفيد يمين الصالح على العلم بابلغ مما يفيد يمين الطالح ولو اختاروا اعمى او محدودا في قذف
جاز لانه يمين وليس بشهادة قال فاذا حلفوا قضي على اهل المحلة بالدية ولا يستحلف
الولي وقال الشافعي لا تجب الدية لقوله عليه السلام في حديث عبد الله بن سهل تبرئكم
اليهود بايمانها ولان اليمين عهد في الشرع مبرئا للمدعى عليه لا ملزما كما في سائر الدعاوي
ولنا انه عليه السلام جمع بين الدية والقسامة في حديث سهل وفي حديث زياد بن ابي مريم
وكذا جمع عمر رضي الله عنه على وادعة وقوله عليه السلام تبرئكم اليهود محمول على الابراء عن
القصاص والحبس وكذا اليمين مبرئة عما وجب له اليمين والقسامة ما شرعت لتجب الدية اذا
نكلوا بل شرعت ليظهر القصاص بتحرزهم عن اليمين الكاذبة فيقروا بالقتل فاذا حلفوا حصلت
البراءة عن القصاص ثم الدية تجب بالقتل الموجود منهم ظاهرا لوجود القتيل بين اظهرهم
لا بنكولهم او وجبت بتقصيرهم في المحافظة كما في القتل الخطا ومن ابى منهم اليمين حبس
حتى يحلف لان اليمين فيه مستحق لذاته تعظيما لامر الدم ولهذا يجمع بينه وبين الدية بخلاف النكول في
الاموال لان اليمين بدل عن اصل حقه ولهذا يسقط ببذل المدعى وفيما نحن فيه لا يسقط ببذل
الدية هذا الذي ذكرنا اذا ادعى الولي القتل على جميع اهل المحلة وكذا اذا ادعى على البعض لا

لا باعيانهم والدعوى في العمد والخطأ لانهم لا يتميزون عن الباقي ولو ادعى على البعض
باعيانهم انه قتل وليه عمدا او خطأ فكذلك الجواب يدل عليه اطلاق الجواب في الكتاب
وهكذا الجواب في المبسوط وعن ابي يوسف في غير رواية الاصول ان في القياس تسقط
القسامة والدية عن الباقين من اهل المحلة ويقال للولي الك بينة فان قال لا يستحلف
المدعى عليه يمينا واحدا ووجهه ان القياس يأباه لاحتمال وجود القتل من غيرهم وانما عرف
بالنص اذا كان في مكان ينسب الى المدعى عليهم والمدعي يدعي القتل عليهم وفيما وراءه بقي على
اصل القياس وصار كما اذا ادعى القتل على واحد من غيرهم وفي الاستحسان تجب القسامة
والدية على اهل المحلة لانه لا فصل في اطلاق النصوص بين دعوى ودعوى فنوجبه بالنص
لا بالقياس بخلاف ما اذا ادعى على واحد من غيرهم لانه ليس فيه نص فلو اوجبناها لاوجبناها
بالقياس وهو ممتنع ثم حكم ذلك ان يثبت ما ادعاه اذا كان له بينة وان لم يكن استحلفه
يمينا واحدة لانه ليس بقسامة لانعدام النص وامتناع القياس ثم ان حلف برئ وان نكل
والدعوى في المال يثبت به وان كان في القصاص فهو على اختلاف مضى في كتاب الدعوى
وان لم يكمل اهل المحلة كررت الايمان عليهم حتى تتم خمسين لما روي ان عمر رضي الله عنه لما قضى
في القسامة وافى اليه تسعة واربعون رجلا فكرر اليمين على رجل منهم حتى تمت خمسين
ثم قضى بالدية وعن شريح والنخعي رحمهما الله مثل ذلك ولان الخمسين واجب بالسنة فيجب اتمامها
ما امكن ولا يطلب فيه الوقوف على الفائدة لثبوتها بالسنة ثم فيه استعظام امر الدم فان
كان العدد كاملا فاراد الولي ان يكرر على احدهم فليس له ذلك لان المصير الى التكرار ضرورة
الاكمال قال ولا قسامة على صبي ولا مجنون لانهما ليسا من اهل القول الصحيح واليمين
قول قال ولا امرأة ولا عبد لانهما ليسا من اهل النصرة واليمين على اهلها وان وجد
ميت لا اثر به فلا قسامة ولا دية لانه ليس بقتيل اذ القتيل في العرف من فاتت حياته بسبب
يباشره حي وهذا ميت حتف انفه والغرامة تتبع فعل العبد والقسامة احتمال القتل ثم
يجب عليه القسم فلا بد ان يكون اثر يستدل به على كونه قتيلا وذلك بان يكون به جراحة
او اثر ضرب او خنق وكذا اذا كان خرج الدم من عينه او اذنه لانه لا يخرج منها الا بفعل
من جهة الحي عادة بخلاف ما اذا خرج من فيه او دبره او ذكره لان الدم يخرج من هذه المخارج
عادة بغير فعل احد وقد ذكرناه في الشهيد ولو وجد بدن القتيل او اكثر من نصف البدن
او النصف ومعه الرأس في محلة فعلى اهلها القسامة والدية وان وجد نصفه مشقوقا
بالطول او وجد اقل من النصف ومعه الرأس او وجد يده او رجله او رأسه فلا شيء عليهم
لان هذا حكم عرفناه بالنص وقد ورد به في البدن الا ان للاكثر حكم الكل تعظيما للآدمي
بخلاف الاقل لانه ليس ببدن ولا ملحق به فلا يجري فيه القسامة ولانا لو اعتبرناه تتكرر القسامتان

والديتان بمقابلة نفس واحدة ولا تتواليان والاصل فيه ان الموجود الاول ان كان بحال لو وجد
الباقي تجري فيه القسامة لا تجب فيه وان كان بحال لو وجد الباقي لا تجري فيه القسامة
تجب والمعنى ما اشرنا اليه وصلاة الجنازة في هذا تنسحب على هذا الاصل لانها لا تتكرر ولو وجد
فيهم جنين او سقط ليس به اثر الضرب فلا شيء على اهل المحلة لانه لا يفوق الكبير حالا وان كان به
اثر الضرب وهو تام الخلق وجبت القسامة والدية عليهم لان الظاهر ان تام الخلق ينفصل حيا
وان كان ناقص الخلق فلا شيء عليهم لانه ينفصل ميتا لا حيا واذا وجد القتيل على دابة يسوقها
رجل فالدية على عاقلته دون اهل المحلة لانه في يده فصار كما اذا كان في داره وكذا اذا كان
قائدها او راكبها فان اجتمعوا فعليهم لان القتيل في ايديهم فصار كما اذا وجد في دارهم وان مرت
دابة بين قريتين وعليها قتيل فهو على اقربهما لما روي ان النبي عليه السلام اتي بقتيل وجد بين
قريتين فامر ان يذرع وعن عمر رضي الله عنه انه لما كتب اليه في القتيل الذي وجد بين وادعة وارحب
كتب بان يقيس بين قريتين فوجد القتيل الى وادعة اقرب فقضى عليهم بالقسامة والدية
قيل هذا محمول على ما اذا كان بحيث يبلغ اهله الصوت لانه اذا كان بهذه الصفة يلحقه الغوث
فيمكنهم النصرة وقد قصروا وان وجد القتيل في دار انسان فالقسامة عليه لان
الدار في يده والدية على عاقلته لان نصرته منهم وقوته بهم قال ولا يدخل السكان في القسامة
مع الملاك عند ابي حنيفة وهو قول محمد وقال ابو يوسف هو عليهم جميعا لان ولاية التدبير كما
تكون بالملك تكون بالسكنى الا ترى ان النبي عليه السلام جعل القسامة والدية على اليهود
وان كانوا سكانا بخيبر ولهما ان المالك هو المختص بنصرة البقعة دون السكان لان سكنى
الملاك الزم وقرارهم ادوم فكانت ولاية التدبير اليهم فيتحقق التقصير منهم واما اهل خيبر
فالنبي عليه السلام اقرهم على املاكهم فكان يأخذ منهم على وجه الخراج قال وهي على اهل الخطة
دون المشترين وهذا قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف الكل مشتركون لان الضمان انما يجب بترك
الحفظ ممن له ولاية الحفظ وبهذا الطريق يجعل جانيا مقصرا والولاية باعتبار الملك وقد استووا
فيه ولهما ان صاحب الخطة هو المختص بنصرة البقعة وهو المتعارف ولانه اصيل والمشتري دخيل
وولاية التدبير الى الاصيل وقيل ابو حنيفة بناه على ما شاهد بالكوفة ولهما ان صاحب الخطة
هو المختص بنصرة قال وان بقي واحد منهم فكذلك يعني من اهل الخطة لما بينا وان لم يبق واحد
منهم بان باعوا كلهم فهو على المشترين لان الولاية انتقلت اليهم او خلصت لهم لزوال من يتقدمهم
او يزاحمهم وان وجد قتيل في دار فالقسامة على رب الدار وتكرر الايمان عليه وهذا عند ابي حنيفة
ومحمد وقال ابو يوسف لا قسامة على العاقلة لان رب الدار اخص به من غيره فلا يشاركه فيه غيره كاهل
المحلة لا يشاركهم فيها عواقلهم ولهما ان الحضور لزمتهم نصرة البقعة كما يلزم صاحب الدار
فيشاركونه في القسامة فان وجد القتيل في دار مشتركة نصفها لرجل وعشرها لرجل ولآخر

ما بقي فهو على رؤوس الرجال لان صاحب القليل يزاحم صاحب الكثير في التدبير فكانوا سواء في الحفظ
والتقصير فيكون على عدد الرؤوس بمنزلة الشفعة قال ومن اشترى دارا فلم يقبضها حتى
وجد فيها قتيل فهو على عاقلة البائع وان كان في البيع خيار لاحدهما فهو على عاقلة الذي في يده
وهذا عند ابي حنيفة وقالا ان لم يكن فيه خيار فعلى عاقلة المشتري وان كان فيه خيار فعلى
عاقلة الذي تصير له لانه انما انزل قاتلا باعتبار التقصير في الحفظ ولا يجب الا على من له ولاية
الحفظ والولاية تستفاد بالملك ولهذا كانت الدية في هذه على عاقلة صاحب الدار دون المودع
والملك للمشتري قبل القبض في البيع البات وفي المشروط فيه الخيار يعتبر قرار الملك كما في
صدقة الفطر وله ان القدرة على الحفظ باليد دون الملك ولا يعتد بالملك دون اليد
في البات اليد للبائع قبل القبض وكذا فيما فيه الخيار لاحدهما قبل القبض دون البات ولو كان
المبيع في يد المشتري والخيار له فهو اخص الناس به تصرفا ولو كان الخيار للبائع فهو في يده مضمون
عليه بالقيمة كالمغصوب فيعتبر يده اذ بها يقدر على الحفظ قال ومن كان في يده دار فوجد
فيها قتيل لم يعقله العاقلة حتى يشهد الشهود انها للذي في يده لانه لا بد من الملك لصاحب اليد
حتى تعقل العواقل عنه واليد وان كان دليلا على الملك لكنها محتملة فلا تكفي لايجاب الدية على
العاقلة كما لا تكفي لاستحقاق الشفعة به في الدار المشفوعة فلا بد من اقامة البينة قال
وان وجد قتيل في سفينة فالقسامة على من فيها من الركاب والملاحين لانها في ايديهم واللفظ
يشمل اربابها حتى يجب على الارباب الذين فيها وعلى السكان وكذا على من يمدها والمالك في ذلك
وغير المالك سواء وكذا العجلة وهذا على ما روي عن ابي يوسف والفرق لهما ان السفينة
تنقل وتحول فيعتبر فيها اليد دون الملك كما في الدابة بخلاف المحلة والدار لانه لا تنقل
قال وان وجد في مسجد محلة فالقسامة على اهلها لان التدبير فيه اليهم وان وجد
في الجامع والشارع الاعظم فلا قسامة فيه والدية على بيت المال لانه للعامة لا يختص به واحد
منهم وكذا الجسور للعامة ومال بيت المال مال عامة المسلمين ولو وجد في السوق ان كان
مملوكا فعند ابي يوسف يجب على السكان وعندهما على المالك وان لم يكن مملوكا كالشوارع
العامة التي بنيت فيها فهو على بيت المال لانه لجماعة المسلمين ولو وجد في السجن فالدية على
بيت المال وعلى قول ابي يوسف الدية والقسامة على اهل السجن لانهم سكان وولاية التدبير
اليهم والظاهر ان القتل حصل منهم وهما يقولان ان اهل السجن مقهورون فلا يتناصرون
فلا يتعلق بهم ما يجب لاجل النصرة ولانه بني لاستيفاء حقوق المسلمين فاذا كان غنمه يعود اليهم
فغرمه يرجع عليهم قالوا وهذه فريعة المالك والساكن وهي مختلف فيها بين ابي حنيفة وابي
يوسف قال وان وجد في برية ليس بقربها عمارة فهو هدر وتفسير القرب ما ذكرنا
من الصوت لانه اذا كان بهذه الحالة لا يلحقه الغوث فلا يجب عليه حفظ فلا يوصف بالتقصير

وهذا اذا لم يكن مملوكة لاحد اما اذا كانت مملوكة فالقسامة والدية على عاقلته وان وجد بين
قريتين كان على اقربهما وقد بيناه وان وجد في وسط الفرات يمر به الماء فهو هدر لانه ليس في
يد احد ولا في ملكه وان كان محتبسا بالشاطئ فهو على اقرب القرى من ذلك المكان على التفسير
الذي تقدم لانه اختص بنصرة هذا الموضع فهو على الشط والشط في يد من يقرب منه الا ترى انهم
يستقون منه الماء ويوردون دوابهم فيه بخلاف النهر الذي يستحق به الشفعة لاختصاص
اصحابه به لقيام يدهم عليه فتكون القسامة والدية عليهم قال وان ادعى الولي على واحد
من اهل المحلة بعينه لم تسقط القسامة عنهم وقد ذكرناه وقد ذكرنا فيه القياس والاستحسان
وان ادعى على واحد من غيرهم سقطت عنهم ووجه الفرق بيناه وهو ان وجوب القسامة عليهم
دليل ان القاتل منهم فتعيينه واحدا منهم لا ينافي ابتداء الامر لانه منهم بخلاف ما اذا عين من غيرهم
لان ذلك بيان ان القاتل ليس منهم وهم انما يغرمون بمجرد ظهور القتيل بين اظهرهم الا
بدعوى الولي فاذا ادعى القتل على غيرهم امتنع دعواه عليهم وسقط لفقد شرطه قال
واذا التقى قوم بالسيوف فاجلوا عن قتيل فهو على اهل المحلة لان هذه الدعوى تضمن براءة
اهل المحلة عن القسامة قال ولا على اولئك حتى يقيموا البينة لان بمجرد الدعوى لا
تثبت الحق للحديث الذي رويناه اما يسقط به الحق عن اهل المحلة لان قوله حجة على نفسه
ولو وجد قتيل في معسكر اقاموا بفلاة من الارض لا ملك لاحد فيها فان وجد في خباء او
فسطاط فعلى من يسكنها الدية والقسامة وان كان خارجا من الفسطاط فعلى اقرب الاخبية
اعتبارا لليد عند انعدام الملك وان كان القوم لقوا قتالا ووجد قتيل بين اظهرهم
فلا قسامة ولا دية لان الظاهر ان العدو قتله فكان هدرا وان لم يلقوا عدوا فعلى
ما بيناه وان كان للارض مالك فالعسكر كالسكان فيجب على المالك عند ابي حنيفة خلافا
لابي يوسف وقد ذكرناه واذا قال المستحلف قتله فلان استحلف بالله ما قتلت ولا
عرفت له قاتلا غير فلان لانه يريد اسقاط الخصومة عن نفسه بقوله فلا يقبل فيحلف على
ما ذكرنا لانه لما اقر بالقتل على واحد صار مستثنى عن اليمين فبقي حكم من سواه فيحلف عليه قال
واذا شهد اثنان من اهل المحلة على رجل من غيرهم انه قتله لم تقبل شهادتهم وهذا عند ابي
حنيفة وقالا تقبل لانهم كانوا بعرضية ان يصيروا خصما وقد بطلت العرضية بدعوى
الولي القتل على غيرهم فتقبل شهادتهم كالوكيل بالخصومة اذا عزل قبل الخصومة وله
انهم خصماء بانزالهم قاتلين للتقصير الصادر منهم فلا تقبل شهادتهم وان خرجوا من جملة
الخصوم كالوصي اذا خرج من الوصاية بعدما قبلها ثم شهد قال رضي الله عنه وعلى
الاصلين هذين يتخرج كثير من المسائل من هذا الجنس ولو ادعى على واحد من اهل المحلة بعينه
فشهد شاهدان من اهلها عليه لا تقبل الشهادة لان الخصومة قائمة مع الكل على ما بيناه

والشاهد يقطعها عن نفسه فكان متهما وعن ابي يوسف ان الشهود يحلفون بالله ما قتلناه
ولا يزيدون على ذلك لانهم اخبروا انهم عرفوا القاتل ق ل ومن جرح في قبيلة فنقل الى اهله
فمات من تلك الجراحة فان كان صاحب فراش حتى مات فالقسامة والدية على القبيلة
وهذا قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف لا دية فيه ولا قسامة لان الذي حصل في القبيلة
او المحلة ما دون النفس ولا قسامة فيه وصار كما اذا لم يكن صاحب فراش وله ان الجرح
اذا اتصل به الموت صار قتلا ولهذا وجب القصاص فان كان صاحب فراش اضيف اليه وان لم
يكن احتمل ان يكون الموت من غير الجراح فلا يلزم بالشك ولو ان رجلا معه جريح به رمق
فحمله انسان الى اهله فمكث يوما او يومين ثم مات لا يضمن الذي حمله في قول ابي يوسف
وفي قياس قول ابي حنيفة يضمن لان يده بمنزلة المحلة فوجوده مجروحا في يده كوجوده فيها وقد ذكرنا
وجهي القولين فيما تقدم من مسالة القبيلة ولو وجد الرجل قتيلا في دار نفسه فديته على
عاقلته لورثته عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد وزفر لا شيء فيه لان الدار في يده حين وجد
الجرح فيجعل كانه قتل نفسه فيكون هدرا وله ان القسامة انما تجب بناء على ظهور
القتل ولهذا لا يدخل في الدية من مات قبل ذلك وحال ظهور القتل الدار للورثة فتجب
على عاقلتهم بخلاف المكاتب اذا وجد قتيلا في دار نفسه لان حال ظهور قتله بقيت الدار على
حكم ملكه فيصير كانه قتل نفسه فيهدر دمه ولو ان رجلين كانا في بيت وليس معهما ثالث
وجد احدهما مذبوحا ق ل ابو يوسف يضمن الآخر الدية وقال محمد لا يضمنه لانه يحتمل
انه قتل نفسه فكان التوهم ساقطا كما اذا وجد قتيل في محلة ولو وجد قتيل في قرية لامرأة
فعند ابي حنيفة ومحمد القسامة ويكرر عليها الايمان والدية على عاقلتها اقرب القبائل
اليها في النسب وقال ابو يوسف القسامة على العاقلة ايضا لان القسامة انما تجب على من كان من
اهل النصرة والمرأة ليست من اهلها فاشبهت الصبي ولهما ان القسامة لنفي التهمة وتهمة
القتل من المرأة متحققة قال المتأخرون رحمهم الله ان المرأة تدخل مع العاقلة في التحمل في هذه المسألة
لانا انزلناها قاتلة والقاتل تشارك العاقلة ولو وجد رجل قتيلا في ارض رجل الى جانب
قرية ليس صاحب الارض من اهلها قال هو على صاحب الارض لانه احق بنصرة ارضه من اهل القرية

كتاب

المعاقل جمع معقلة وهي الدية وتسمى الدية عقلا لانها تعقل الدماء من ان
تسفك اي تمسك ق ل والدية في شبه العمد والخطأ وكل دية وجبت بنفس القتل على العاقلة والعاقلة
الذين يعقلون يعني يؤدون العقل وهو الدية وقد ذكرناه في الديات والاصل في وجوبها على
العاقلة قوله عليه السلام في حديث حمل بن مالك للاولياء قوموا فدوه ولان النفس محترمة لا وجه الى
الاهدار والخاطئ معذور وكذا الذي تولى شبه العمد نظرا الى الآلة فلا وجه الى ايجاب العقوبة عليه
وفي ايجاب مال عظيم عليه اجحافه واستئصاله فيصير عقوبة فيضم اليه العاقلة تحقيقا للتخفيف وانما

خصو

خصوا بالضم لانه انما قصر لقوة فيه وتلك بانصاره وهم العاقلة فكانوا هم المقصرين في تركهم
مراقبته فخصوا به ق ل والعاقلة اهل الديوان ان كان القاتل من اهل الديوان يؤخذ من عطاياهم
في ثلاث سنين واهل الديوان اهل الرايات وهم الجيش الذين كتبت اساميهم في الديوان وهذا
عندنا وقال الشافعي على اهل العشيرة لانه كان كذلك على عهد النبي عليه السلام ولا نسخ بعده ولانه صلة
والاولى بها الاقارب ولنا قضية عمر رضي الله عنه فانه لما دون الدواوين جعل العقل على اهل
الديوان وكان ذلك بمحضر من الصحابة من غير نكير منهم وليس ذلك بنسخ بل هو تقرير معنى لان
العقل كان على اهل النصرة وقد كانت بانواع بالقرابة والحلف والولاء والعد وفي عهد عمر
رضي الله عنه قد صارت بالديوان فجعلها على اهله اتباعا للمعنى ولهذا قالوا لو كان اليوم
قوم تناصرهم بالحرف فعاقلتهم اهل الحرفة وان كان بالحلف فاهله والدية صلة كما قال لكن
ايجابها فيما هو صلة وهو العطاء اولى منه في اصول اموالهم والتقدير بثلاث سنين مروي عن النبي
عليه السلام ومحكي عن عمر رضي الله عنه ولان الاخذ من العطاء للتخفيف والعطاء يخرج في كل سنة
مرة واحدة فان خرجت العطايا في اكثر من ثلاث سنين او اقل اخذ منها لحصول المقصود وتأويله
اذا كانت العطايا للسنين المستقبلة بعد القضاء حتى لو اجتمعت في السنين الماضية قبل القضاء
ثم خرجت بعد القضاء لا يؤخذ منها لان الوجوب بالقضاء على ما نبين ان شاء الله ولو خرج
للقاتل ثلاث عطايا في سنة واحدة معناه في المستقبل يؤخذ منها كل الدية لما ذكرنا واذا
كان الواجب جميع الدية في ثلاث سنين فكل ثلث منها في سنة واذا كان الواجب بالقتل ثلث
دية النفس او اقل كان في سنة واحدة وما زاد على الثلث الى تمام الثلثين في السنة الثانية
وما زاد على ذلك الى تمام الدية في السنة الثالثة وما وجب على العاقلة من الدية او على
القاتل بان قتل الاب ابنه عمدا فهو في ماله في ثلاث سنين وقال الشافعي ما وجب على القاتل
في ماله فهو حال لان التأجيل للتخفيف لتحمل العاقلة فلا يلحق به العمد المحض ولنا
ان القياس يأباه والشرع ورد به مؤجلا فلا يتعداه ولو قتل عشرة رجلا خطأ فعلى كل
واحد عشر الدية في ثلاث سنين اعتبارا للجزء بالكل اذ هو بدل النفس وانما يعتبر مدة
ثلاث سنين من وقت القضاء بالدية لان الواجب الاصلي المثل وانما يتحول الى القيمة بالقضاء
فيعتبر ابتداؤها من وقته كما في ولد المغرور ق ل ومن لم يكن من اهل الديوان فعاقلته
قبيلته لان نصرته بهم وهي المعتبرة في التعاقل ق ل ويقسم عليهم في ثلاث سنين لا يزاد
الواحد على اربعة دراهم في كل سنة وينقص منها قال رضي الله عنه كذا ذكره القدوري
في مختصره وهذا اشارة الى انه يزاد على اربعة من جميع الدية وقد نص محمد على انه لا يزاد
كل واحد من جميع الدية في ثلاث سنين على ثلاثة او اربعة فلا يؤخذ من كل واحد في كل سنة الا
درهم او درهم وثلث درهم وهو الاصح ق ل وان لم يكن تتسع القبيلة لذلك يضم

اليهم اقرب القبايل معناه نسبا كل ذلك لمعنى التخفيف ويضم الاقرب فالاقرب على ترتيب العصبات
الاخوة ثم بنوهم ثم الاعمام ثم بنوهم واما الاباء والابناء فقيل يدخلون لقربهم وقيل لا يدخلون
لان الضم لنفي الحرج حتى لا يصيب كل واحد اكثر من ثلاثة او اربعة وهذا المعنى انما يتحقق عند الكثرة
والاباء والابناء لا يكثرون وعلى هذا حكم الرايات اذا لم يتسع لذلك اهل راية ضم اليهم اقرب
الرايات يعني اقربهم نصرة اذا حزبهم امر الاقرب فالاقرب ويفوض ذلك الى الامام لانه هو العالم
به ثم هذا كله عندنا وعند الشافعي يجب على كل واحد نصف دينار فيسوي بين الكل لانه صلة فيعتبر
بالزكوة وادناها ذلك لا انه خمسة دراهم عندهم نصف دينار ولكنا نقول هي احط رتبة منها الا ترى
انه لا تؤخذ من اصل المال فينتقص منها تحقيقا لزيادة التخفيف ولو كانت عاقلة الرجل اصحاب
الرزق يقضى بالدية في ارزاقهم في ثلاث سنين في كل سنة الثلث لان الرزق في حقهم بمنزلة العطاء
قايم مقامه اذ كل منهما صلة من بيت المال ثم ينظر ان كانت ارزاقهم تخرج في كل سنة فكلما
خرج رزق يؤخذ منه الثلث بمنزلة العطاء وان كان يخرج في كل سنة اشهر وخرج بعد القضاء
يؤخذ منه سدس الدية وان كان يخرج في كل شهر يؤخذ من كل رزق بحصته من الشهر حتى يكون
المستوفى في كل سنة مقدار الثلث وان خرج بعد القضاء بيوم او اكثر اخذ من رزق ذلك
الشهر بحصة الشهر وان كانت لهم ارزاق في كل شهر واعطية في كل سنة فرضت الدية في الاعطية
دون الارزاق لانه ايسر اما لان الاعطية اكثر او لان الرزق لكفاية الوقت فيتعسر الاداء منه والاعطيات ليكونوا في الديوان قائمين
بالنصرة فيتيسر عليهم قال وادخل القاتل مع العاقلة فيكون فيما يؤدي كاحدهم لانه
هو القاتل فلا معنى لاخراجه ومؤاخذة غيره وقال الشافعي لا يجب على القاتل شيء من الدية اعتبارا
للجزء بالكل في النفي عنه والجامع كونه معذورا قلنا ايجاب الكل اجحاف به ولا كذلك
ايجاب الجزء ولو كان الخاطئ معذورا فالبرئ عنه اولى قال الله تعالى ولا تزر وازرة وزر اخرى
وليس على النساء والذرية ممن كان له حظ في الديوان عقل لقول عمر رضي الله عنه لا يعقل مع العاقلة
صبي ولا امرأة ولان العقل انما يجب على اهل النصرة لتركهم مراقبته والناس لا يتناصرون
بالنساء والصبيان ولهذا لا يوضع عليهم ما هو خلف عن النصرة وهو الجزية وعلى هذا لو كان
القاتل صبيا او امرأة لا شيء عليهما من الدية بخلاف الرجل لان وجوب جزء من الدية على القاتل
باعتبار انه احد العواقل لانه ينصر نفسه وهذا لا يوجد فيهما والفرض لهما من العطاء للمعونة لا للنصرة
كفرض ازواج النبي عليه السلام رضي الله عنهن ولا يعقل اهل مصر عن اهل مصر آخر يريد به اذا كان لاهل كل مصر
ديوان على حدة لان التناصر بالديوان عند وجوده ولو كان باعتبار القرب في السكنى فاهل
مصره اقرب اليه من اهل مصر آخر ويعقل اهل كل مصر من اهل سوادهم لانهم اتباع لاهل المصر
فانهم اذا حزبهم امر استنصروا بهم فيعقلهم اهل المصر باعتبار معنى القرب والنصرة ومن كان
منزله بالبصرة وديوانه بالكوفة عقل عنه اهل الكوفة لانه يستنصر باهل ديوانه لا بجيرانه

والحاصل ان الاستنصار بالديوان اظهر فلا يظهر معه حكم النصرة بالقرابة والنسب والولاء
وقرب السكنى وغيره وبعد الديوان النصرة بالنسب على ما بيناه وعلى هذا يخرج كثير من مسايل
المعاقل ومن جنى جناية من اهل المصر وليس له في الديوان عطاء واهل البادية اقرب اليه ومسكنه
المصر عقل عنه اهل الديوان من ذلك المصر ولم يشترط ان يكون بينه وبين اهل الديوان قرابة وقيل
هو صحيح لان الذين يذبون عن اهل المصر ويقومون بنصرتهم ويدفعون عنهم اهل الديوان
من اهل المصر ولا يخصون به اهل العطاء وقيل تاويله اذا كان قريبا لهم وفي الكتاب اشارة
اليه حيث قال واهل البادية اقرب اليه من اهل المصر وهذا لان الوجوب بحكم القرابة
واهل المصر اقرب منهم مكانا وكانت القدرة على النصرة لهم وصار نظير مسألة الغيبة
المنقطعة ولو كان البدوي نازلا في المصر لا مسكن له لا يعقله اهل المصر لان اهل العطاء
لا ينصرون من لا مسكن له كما ان اهل البادية لا يعقل عنهم اهل المصر النازل فيهم لانه لا ينصرهم
وان كان لاهل الذمة عواقل معروفة يتعاقلون بها فقتل احدهم قتيلا فديته على عاقلته
بمنزلة المسلم لانهم التزموا احكام الاسلام في المعاملات لا سيما في المعاني العاصمة عن
الاضرار ومعنى التناصر موجود في حقهم وان لم يكن له عاقلة معروفة فالدية في ماله
في ثلاث سنين من يوم يقضى بها عليه كما في حق المسلم لما بينا ان الوجوب على القاتل
وانما يتحول عنه الى العاقلة ان لو وجدت فاذا لم توجد بقيت عليه بمنزلة تاجرين مسلمين
في دار الحرب قتل احدهما صاحبه يقضى بالدية عليه في ماله لان اهل دار الاسلام لا يعقلون عنه
ويمكن من هذا العقل ليس بينهم ولا يعقل كافر عن مسلم ولا مسلم عن كافر لعدم التناصر
والكفار يتعاقلون فيما بينهم وان اختلفت مللهم لان الكفر كله ملة واحدة قالوا هذا
اذا لم تكن المعادات فيما بينهم ظاهرة اما اذا كانت ظاهرة كاليهود والنصارى ينبغي
ان لا يعقل بعضهم عن بعض وهكذا عن ابي يوسف لانقطاع التناصر ولو كان القاتل من
اهل الكوفة وله بها عطاء فحول ديوانه الى البصرة ثم رفع الى القاضي فانه يقضي بالدية
على عاقلته من اهل البصرة وقال زفر يقضي على عاقلته من اهل الكوفة وهو رواية عن
ابي يوسف لان الموجب هو الجناية وقد تحققت وعاقلته اهل الكوفة ولنا ان الموجب وصار
كما اذا حول بعد القضاء ولنا ان المال انما يجب عند القضاء لما ذكرنا ان الواجب هو المثل
وبالقضاء ينتقل الى المال وكذا الوجوب على القاتل ويتحمل عنه عاقلته فاذا كان كذلك
يتحمل عنه من يكون عاقلته عند القضاء بخلاف ما بعد القضاء لان الوجوب قد تقرر بالقضاء
فلا ينتقل بعد ذلك لكن حصة القاتل تؤخذ من عطائه بالبصرة لانها تؤخذ من العطاء
وعطاؤه بالبصرة بخلاف ما اذا قلت العاقلة بعد القضاء عليهم حيث يضم اليهم اقرب القبائل
في النسب لان في النقل ابطال الحكم الاول فلا يجوز بحال وفي الضم تكثير المتحملين لما قضى به

عليهم وكان فيه تقرير حكم الاول لا ابطاله وعلى هذا لو كان القاتل مسكنه بالكوفة وليس له عطاء
فلم يقض عليه حتى استوطن البصرة قضي بالدية على اهل البصرة ولو كان قضي بها على
اهل الكوفة لم ينتقل عنهم وكذا البدوي اذا الحق بالديوان بعد القتل قبل القضاء يقضي
بالدية على اهل الديوان وبعد القضاء على عاقلته بالبادية ولا يتحول عنهم وهذا بخلاف
ما اذا كان قوم من اهل البادية قضي بالدية عليهم في اموالهم في ثلاث سنين ثم جعلهم
الامام في العطاء حيث تصير الدية في اعطياتهم وان كان قضي بها اول مرة في اموالهم
لانه ليس فيه نقض القضاء الاول لانه قضي بها في اموالهم واعطياتهم اموالهم غير ان الدية
تقضى من ايسر الاموال اداء والاداء من العطاء ايسر اذا صاروا من اهل العطاء الا اذا
لم يكن مال العطاء من جنس ما قضي به عليه بان كان القضاء بالابل والعطاء دراهم فحينئذ
لا يتحول الى الدراهم ابدا لما فيه من ابطال القضاء الاول لكن يقضي ذلك من مال العطاء
لانه ايسر قال وعاقلة المعتق قبيلة مولاه لان النصرة بهم ويؤيد ذلك قوله
عليه السلام مولى القوم منهم ومولى الموالاة يعقل عنه مولاه وقبيلته لانه ولاء يتناصر
به فاشبه ولاء العتاقة وفيه خلاف الشافعي وقد مر في الولاء ولا تعقل العاقلة اقل من نصف
عشر الدية وتتحمل نصف العشر فصاعدا والاصل فيه حديث ابن عباس موقوفا عليه ومرفوعا
الى رسول الله صلعم لا تعقل العواقل عمدا ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا ما دون ارش الموضحة صح
نصف عشر بدل النفس ولان التحمل للتحرز عن الاجحاف ولا اجحاف في القليل وانما هو في الكثير
والتقدير الفاصل بالسمع وما نقص من ذلك يكون في مال الجاني والقياس فيه التسوية
بين القليل والكثير فيجب الكل على العاقلة كما ذهب اليه الشافعي او التسوية في ان لا يجب
شيء على العاقلة الا انا تركناه بما رويناه وبما روي انه عليه السلام اوجب ارش الجنين على
العاقلة وهو نصف عشر بدل الرجل على ما مر في الديات وما دونه يسلك به مسلك الاموال
لانه يجب بالتحكيم كما يجب ضمان المال بالتقويم فلهذا كان في مال الجاني اخذا بالقياس
ولا تعقل العاقلة جناية العبد ولا ما لزم بالصلح ولا باعتراف الجاني لما روينا ولانه
لا تناصر بالعبد والاقرار والصلح لا يلزمان العاقلة لقصور الولاية عنهم الا ان يصدقوه
لانه يثبت بتصادقهم والامتناع كان لحقهم ولهم ولاية على انفسهم ومن اقر بقتل خطا
ولم يرفعوا الى القاضي الا بعد سنين قضي عليه بالدية في ماله في ثلاث سنين من يوم يقضي
لان التاجيل من وقت القضاء في الثابت بالبينة ففي الثابت بالاقرار اولى ولو تصادق
القاتل وولي الجناية على ان قاضي بلد كذا قضى بالدية على عاقلته بالكوفة بالبينة وكذبهما
العاقلة فلا شيء على العاقلة لان تصادقهما ليس بحجة عليهم ولم يكن عليه شيء في ماله الا ان
الدية بتصادقهما تقررت على العاقلة بالقضاء وتصادقهما حجة في حقهما

الا ان يكون له عطاء معهم فحينئذ يلزمه بقدر حصته لانه في حق حصته مقر على نفسه وفي حق
العاقلة مقر عليهم واذا جنى الحر على العبد فقتله خطا كان على عاقلته لانه بدل النفس على
ما عرف من اصلنا وفي احد قولي الشافعي يجب في ماله لانه بدل المال عنده ولهذا يوجب قيمته
بالغة ما بلغت وما دون النفس من العبد لا تتحمله العاقلة لانه يسلك به مسلك
الاموال عندهما على ما عرف وفي احد قوليه تتحمله كما في الحر وقد مر من قبل و[illegible] قال
اصحابنا ان القاتل اذا لم يكن له عاقلة فالدية في بيت المال لان جماعة المسلمين هم اهل
نصرته وليس بعضهم اخص من بعض بذلك ولهذا اذا كان ميراثه لبيت المال فكذا ما
يلزمه من الغرامة يلزم بيت المال وعن ابي حنيفة رواية شاذة ان الدية في ماله ووجهه
ان الاصل ان تجب الدية على الجاني وهو القاتل لانه بدل متلف والاتلاف منه الا ان العاقلة
تتحملها تحقيقا للتخفيف على ما مر فاذا لم يكن عاقلة عاد الحكم الى الاصل وابن الملاعنة
تعقله عاقلة امه لان نسبه ثابت منها دون الاب فان عقلوا عنه ثم ادعاه الاب رجعت
عاقلة الام بما ادت على عاقلة الاب لانه تبين ان الدية واجبة عليهم لان عند الاكذاب ظهر ان
النسب لم يزل ثابتا من الاب حيث بطل اللعان بالاكذاب ومتى ظهر من الاصل فقوم
الام تحملوا ما كان واجبا على قوم الاب فيرجعون عليهم لانهم مضطرون في ذلك وكذا
ان مات المكاتب عن وفاء وله ولد حر مسلم فلم تؤد كتابته حتى جنى ابنه وعقل عنه قوم امه
ثم اديت الكتابة لان عند الاداء يتحول ولاؤه الى قوم ابيه من وقت حرية الاب وهو اخر
جزء من اجزاء حياته فتبين ان قوم الام عقلوا عنهم فيرجعون عليهم وكذا اذا امر رجل
صبيا بقتل رجل فقتله فضمنت عاقلة الصبي الدية رجعت بها على عاقلة الامر ان كان
الامر ثبت بالبينة وفي مال الامر ان كان ثبت باقراره في ثلاث سنين من يوم يقضي بها
القاضي على الامر او على عاقلته لان الديات تجب مؤجلة بطريق التيسير قال العبد الضعيف
ههنا عدة مسائل ذكرها محمد متفرقة والاصل الذي يخرج عليه ان يقال حال القاتل
اذا تبدل حكما فانتقل ولاؤه الى ولاء اخر بسبب حادث لم تنتقل جنايته عن الاول قضي بها او لم
يقض وان ظهرت حالة خفية مثل دعوة ولد الملاعنة حولت الجناية الى الاخرى وقع القضاء
او لم يقع ولو لم يختلف حال الجاني ولكن العاقلة تبدلت كان الاعتبار في ذلك لوقت القضاء
فان كان قضى بها على الاول لم تنتقل الى الثاني وان لم يكن قضى بها على الاول فانه
يقضي بها على الثاني واذا كانت العاقلة واحدة فلحقتها زيادة او نقصان اشتركوا
في حكم الجناية قبل القضاء وبعده الا فيما سبق اداؤه فمن احكم هذا الاصل متأملا يمكنه
التخريج فيما ورد عليه من النظائر والاضداد والله الموفق للسداد

كتاب الوصايا

في صفة الوصية ما يجوز من ذلك وما يستحب منه وما يكون رجوعا عنه قال الوصية غير واجبة
وهي مستحبة والقياس يابى جوازها لانه تمليك مضاف الى حال زوال المالكية ولو اضيف الى حال

قياسا بان قال ملكتك غدا كان باطلا فهنا اولى الا انا استحسناه لحاجة الناس فان الانسان
مغرور بامله مقصر في عمله فاذا عرض له المرض وخاف البيات يحتاج الى تلافي بعض ما فرط
منه من التفريط بماله على وجه لو مضى فيه يتحقق مقصده المآلي ولو انهضه البرء يصرفه الى
مطلبه الحالي وفي شرع الوصية ذلك فشرعناه ومثله في الاجارة بيناه وقد تبقى المالكية
بعد الموت باعتبار الحاجة كما في قدر التجهيز والدين وقد نطق به الكتاب وهو قوله تعالى
من بعد وصية يوصي بها او دين والسنة وهو قوله عليه السلام ان الله تعالى تصدق
عليكم بثلث اموالكم في اخر اعماركم زيادة لكم في اعمالكم تضعونها حيث شئتم او قال حيث
احببتم وعليه اجماع الامة ثم تصح للاجنبي في الثلث من غير اجازة الورثة لما بيناه وسنبين
ما هو الافضل فيه ان شاء الله قال ولا تجوز بما زاد على الثلث لقوله عليه السلام في
حديث سعد رضي الله عنه الثلث والثلث كثير بعد ما نفى وصيته بالكل والنصف ولانه
حق الورثة وهذا لانه انعقد سبب الزوال اليهم وهو استغناؤه عن المال فاوجب تعلق
حقهم به الا ان الشرع لم يظهره في حق الاجانب بقدر الثلث ليتدارك تقصيره على ما
بيناه واظهره في حق الورثة لان الظاهر انه لا يتصدق به عليهم تحرزا عما يتفق من
الايثار على ما نبينه وقد جاء في الحديث الحيف في الوصية من اكبر الكبائر وفسروه بالزيادة
على الثلث وبالوصية للوارث الا ان يجيزه الورثة بعد موته وهم كبار لان الامتناع لحقهم
وهم اسقطوه ولا معتبر باجازتهم في حال حياته لانها قبل ثبوت الحق اذ الحق يثبت عند الموت
فكان لهم ان يردوه بعد وفاته بخلاف ما بعد الموت لانه بعد ثبوت الحق فليس لهم ان
يرجعوا عنه لان الساقط متلاش غاية الامر انه يستند عند الاستغناء لكن الاستناد
يظهر في القائم وهذا قد مضى وتلاشى ولان الحقيقة تثبت عند الموت وقبله يثبت
مجرد الحق فلو استند من كل وجه ينقلب حقيقة قبله والرضا ببطلان الحق لا يكون رضا
ببطلان الحقيقة وكذلك ان كانت الوصية للوارث واجازت البقية فحكمه ما ذكرنا
وكل ما جاز باجازة الوارث يتملكه المجاز له من قبل الموصي عندنا وعند الشافعي من
قبل الوارث والصحيح قولنا لان السبب صدر من الموصي والاجازة رفع المانع وليس
من شرطه القبض فصار كالمرتهن اذا اجاز بيع الراهن قال ولا تجوز للقاتل عامدا كان
او خاطئا بعد ان كان مباشرا لقوله عليه السلام لا وصية للقاتل ولانه استعجل ما
اخره الله فيحرم الوصية كما يحرم الميراث وقال الشافعي يجوز للقاتل وعلى هذا الخلاف
اذا اوصى لرجل ثم انه قتل الموصي يبطل الوصية عندنا وعنده لا يبطل والحجة عليه في الفصلين
ما بيناه ولو اجازتها الورثة جاز عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا يجوز لان جنايته باقية
والامتناع لاجلها ولهما ان الامتناع لحق الورثة لان نفع بطلانها يعود اليهم كنفع
بطلان الميراث ولانهم لا يرضونها للقاتل كما لا يرضونها لاحدهم قال ولا يجوز لوارثه

لقوله

لقوله عليه السلام ان الله تعالى اعطى كل ذي حق حقه الا لا وصية للوارث ولانه يتأذى
البعض ففي تجويزه قطيعة الرحم ولانه حيف بالحديث الذي رويناه ويعتبر كونه وارثا
او غير وارث وقت الموت لا وقت الوصية لانه تمليك مضاف الى ما بعد الموت وحكمه يثبت
بعد الموت والهبة من المريض للوارث في هذا نظير الوصية لانه وصية حكما حتى تنفذ من الثلث
واقرار المريض للوارث على عكسه لانه تصرف في الحال فيعتبر ذلك وقت الاقرار
قال الا ان يجيزه الورثة ويروى هذا الاستثناء فيما رويناه ولان الامتناع لحقهم
فيجوز باجازتهم ولو اجاز بعض ورد بعض يجوز على المجيز بقدر حصته لولايته عليه وبطل
في حق الراد قال ويجوز ان يوصي المسلم للكافر والكافر للمسلم فالاول لقوله تعالى
لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين الاية والثاني لانهم بعقد الذمة ساووا
المسلمين في المعاملات ولهذا جاز التبرع من الجانبين في حالة الحياة فكذا بعد الممات
وفي الجامع الصغير الوصية لاهل الحرب باطلة لقوله تعالى انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم
في الدين الاية قال وقبول الوصية بعد الموت فان قبلها الموصى له في حالة الحياة
او ردها فذلك باطل لان اوان ثبوت حكمه بعد الموت لتعلقه به فلا يعتبر قبله كما
لا يعتبر قبل العقد قال ويستحب ان يوصي الانسان بدون الثلث سواء كانت الورثة
اغنياء او فقراء لان في التنقيص صلة القريب بترك ماله عليهم بخلاف استكمال الثلث
لانه استيفاء تمام حقه فلا صلة ولا منة ثم الوصية باقل من الثلث اولى ام تركها قالوا ان
كانت الورثة فقراء ولا يستغنون بما يرثون فالترك اولى لما فيه من الصدقة على القريب
وقد قال عليه السلام افضل الصدقة على ذي الرحم الكاشح ولان فيه رعاية حق الفقراء
والقرابة جميعا وان كانوا اغنياء او يستغنون بنصيبهم فالوصية اولى لانه يكون صدقة
على الاجنبي والترك هبة من القريب والاولى اولى لانه يبتغي بها وجه الله تعالى وقيل في هذا
الوجه يخير لاشتمال كل منهما على فضيلة وهو الصدقة او الصلة فيخير بين الخيرين قال
والموصى به يملك بالقبول خلافا لزفر وهو احد قولي الشافعي هو يقول الوصية اخت
الميراث اذ كل منهما خلافة لما انه انتقال ثم الارث يثبت من غير قبول فكذا الوصية
ولنا ان الوصية اثبات ملك جديد ولهذا لا يرد الموصى له بالعيب ولا يرد عليه
بالعيب ولا يملك احد اثبات الملك لغيره الا بقبوله اما الوراثة فخلافة حتى يثبت فيها هذه
الاحكام فيثبت جبرا من الشرع من غير قبول قال الا في مسئلة واحدة وهي ان يموت
الموصي ثم يموت الموصى له قبل القبول فصار كموت المشتري قبل قبوله بعد ايجاب البائع
وجه الاستحسان ان الوصية من جانب الموصي قد تم بموته تماما لا يلحقه الفسخ من جهته
وانما توقف لحق الموصى له فاذا مات دخل في ملكه كما في البيع المشروط فيه الخيار للمشتري

اذا مات قبل الاجازة قال ومن اوصى وعليه دين يحيط بماله لم تجز الوصية لان الدين
مقدم على الوصية لانه اهم الحاجتين فانه فرض والوصية تبرع وابدا يبدا بالاهم فالاهم
الا ان يبريه الغرماء لانه لم يبق الدين فتنفذ الوصية على الحد المشروع لحاجته اليه قال
ولا تصح وصية الصبي وقال الشافعي تصح اذا كان في وجوه الخير لان عمر رضي الله عنه اجاز
وصية يفاع او يافع وهو الذي راهق الحلم ولانه نظر له بصرفه الى نفسه في نيل الزلفى
ولو لم تنفذ يبقى على غيره ولنا انه تبرع والصبي ليس من اهله ولان قوله غير ملزم
وفي تصحيح وصيته قول بالزام قوله والاثر محمول على انه كان قريب العهد بالحلم
مجازا او كانت وصيته في تجهيزه وامر دفنه وذلك جائز عندنا وهو يحرز الثواب بالترك
على ورثته كما بيناه والمعتبر في النفع والضرر النظر الى اوضاع التصرفات لا الى ما
يتفق بحكم الحال اعتبره بالطلاق فانه لا يملكه ولا وصيته وان كان يتفق نافعا في بعض
الاحوال وكذا اذا اوصى ثم مات بعد الادراك لعدم الاهلية وقت المباشرة وكذلك
اذا قال اذا ادركت فثلث مالي لفلان وصية لقصور اهليته فلا يملكه تنجيزا وتعليقا
كما في الطلاق والعتاق بخلاف العبد والمكاتب لان اهليتهما مستتمة والمانع حق
المولى فيصح اضافته الى حال سقوطه قال ولا تصح وصية المكاتب وان ترك وفاء
لان ماله لا يقبل التبرع وقيل على قول ابي حنيفة لا يصح وعندهما يصح ردا الى مسألة المكاتب اذا
يقول كل مملوك املكه فيما استقبل فهو حر ثم عتق فملك والخلاف فيها معروف في
موضعه قال ويجوز الوصية للحمل وبالحمل اذا وضع لاقل من ستة اشهر من وقت الوصية
اما الاول فلان الوصية استخلاف من وجه لانه يجعله خليفة في بعض ماله والجنين يصلح
خليفة في الارث فكذا في الوصية او هي اخت الارث الا انه يرتد بالرد لما فيه من معنى التمليك بخلاف
الهبة لانه تمليك محض ولا ولاية لاحد عليه ليملكه شيئا واما الثاني فلانه بعرض الوجود
اذ الكلام فيما اذا علم وجوده وقت الوصية وبابها اوسع لحاجة الميت وعجزه ولهذا يصح
في غير الموجود كالثمرة فلان تصح في الموجود اولى قال ومن اوصى بجارية الا حملها
صحت الوصية والاستثناء لان اسم الجارية لا يتناول الحمل لفظا ولكنه يستحق بالاطلاق تبعا
فاذا افرد الام بالوصية صح افرادها ولانه يصح افراد الحمل بالوصية فجاز استثناؤه وهذا
هو الاصل ان ما يصح افراده بالعقد يصح استثناؤه منه اذ لا فرق بينهما وما لا يصح افراده
بالعقد لا يصح استثناؤه منه وقد مر في البيوع قال ويجوز للموصي الرجوع عن الوصية
لانه تبرع لم يتم فجاز الرجوع عنه كالهبة وقد حققناه في كتاب الهبة ولان القبول يتوقف
على الموت والايجاب يصح ابطاله قبل القبول كما في البيع قال واذا صرح بالرجوع
او فعل ما يدل على الرجوع كان رجوعا اما الصريح فظاهر وكذا الدلالة لانها تعمل عمل الصريح

فقام

فقام مقام قوله قد ابطلت وصار كالبيع بشرط الخيار فانه يبطل الخيار فيه بالدلالة ثم
كل فعل لو فعله الانسان في ملك الغير ينقطع به حق المالك فاذا فعله الموصي كان رجوعا
وقد عددنا هذه الافاعيل في كتاب الغصب وكل فعل يوجب زيادة في الموصى به ولا يمكن
تسليم العين الا بها فهو رجوع اذا فعله مثل السويق يلته بسمن والدار يبني فيها الموصي والقطن
يحشو به والبطانة يبطن بها او الظهارة يظهر بها لانه لا يمكن تسليمه بدون الزيادة ولا يمكن
نقضها لانه حصل في ملك الموصي من جهته بخلاف تجصيص الدار الموصى بها وهدم بنائها
لانه تصرف في التابع وكل تصرف اوجب زوال ملك الموصي فهو رجوع كما اذا باع العين
الموصى بها ثم اشتراه او وهبه ثم رجع فيه لان الوصية لا تنفذ الا في ملكه فاذا ازاله كان رجوعا
وذبح الشاة الموصى بها رجوع لانه للصرف الى حاجته عادة فصار هذا المعنى اصلا ايضا
وغسل الثوب الموصى به لا يكون رجوعا لان من اراد ان يعطي ثوبه غيره يغسله عادة
فكان تقريرا قال ومن جحد الوصية لم يكن رجوعا كذا ذكره محمد وقال ابو يوسف
يكون رجوعا ولمحمد ان الجحود نفي في الماضي والانتفاء في الحال ضرورة ذلك واذا كان ثابتا
في الحال كان الجحود لغوا ولان الرجوع اثبات في الماضي ونفي في الحال والجحود نفي في الماضي
والحال فلا يكون رجوعا حقيقة ولهذا لا يكون جحود النكاح فرقة ولو قال كل وصية
اوصيت بها لفلان فهو حرام وربوا لا يكون رجوعا لان الوصية يستدعي بقاء الاصل
بخلاف ما اذا قال فهي باطلة فانه الذاهب المتلاشي ولو قال اخرتها لا يكون رجوعا
لان التاخير ليس للسقوط كتاخير الدين بخلاف ما اذا قال تركت لانه اسقاط ولو قال
العبد الذي اوصيت لفلان فهو لفلان كان رجوعا لان اللفظ يدل على قطع الشركة
بخلاف ما اذا اوصى به لرجل ثم اوصى به لآخر لان المحل يحتمل الشركة واللفظ صالح
لها وكذا اذا قال فهو لفلان وارثي يكون رجوعا عن الاول لما بينا ويكون وصية
للوارث وقد ذكرنا حكمه ولو كان فلان الآخر ميتا حين اوصى فالوصية الاولى على
حالها لان الوصية الاولى انما تبطل ضرورة كونها للثاني ولم يتحقق فبقي للاول ولو كان
فلان حين قال ذلك حيا ثم مات قبل موت الموصي فهي للورثة لبطلان الوصيتين
الاولى بالرجوع والثانية بالموت

باب الوصية بثلث المال

قال ومن اوصى لرجل
بثلث ماله ولآخر بثلث ماله ولم تجز الورثة فالثلث بينهما لانه يضيق الثلث عن حقيهما
اذ لا يزاد عليه عند عدم الاجازة على ما تقدم وقد تساويا في سبب الاستحقاق فيستويان
في الاستحقاق والمحل يقبل الشركة فيكون بينهما وان اوصى لاحدهما بالثلث وللآخر
بالسدس فالثلث بينهما اثلاثا لان كل واحد يدلي بسبب صحيح وضاق الثلث عن حقيهما
فيقتسمانه على قدر حقيهما كما في اصحاب الديون فيجعل الاقل سهما فصار ثلاثة اسهم

لصاحبه وسهمان لصاحب الكثير وان اوصى لاحدهما بجميع ماله وللآخر بثلث ماله ولم يجز الورثة فالثلث
بينهما على اربعة عندهما وقال ابو حنيفة الثلث بينهما نصفان ولا يضرب ابو حنيفة
للموصى له بما زاد على الثلث الا في المحاباة والسعاية والدراهم المرسلة لهما في الخلافية
ان الموصي قصد شيئين الاستحقاق والتفضيل وامتنع الاستحقاق لحق الورثة ولا مانع
من التفضيل فيثبت كما في المحاباة واختيها وله ان الوصية وقعت بغير المشروع عند
عدم الاجازة من الورثة اذ لا نفاذ لها بحال فبطل اصلا والتفضيل يثبت في ضمن الاستحقاق
فيبطل ببطلانه كالمحاباة الثابتة في ضمن البيع بخلاف مواضع الاجماع لان لها نفاذا في الجملة
بدون اجازة الورثة بان كان في المال سعة فيعتبر في التفاضل لكونه مشروعا في الجملة
بخلاف ما نحن فيه وهذا بخلاف ما اذا اوصى بعين من تركته قيمتها تزيد على الثلث فانه
يضرب بالثلث وان احتمل ان يزيد المال فيخرج من الثلث لان هناك الحق تعلق بعين
التركة بدليل انه لو هلك واستفاد مالا آخر تبطل الوصية وفي الالف المرسلة لو
هلكت التركة تنفذ فيما يستفاد فلم يكن متعلقا بعين ما تعلق به حق الورثة قال
ولو اوصى بنصيب ابنه فالوصية باطلة ولو اوصى بمثل نصيب ابنه جاز لان الاول وصية بمال الغير لان
نصيب الابن ما يصيبه بعد الموت والثاني وصية بمثل نصيب الابن ومثل الشيء غيره وان
كان يتقدر به فيجوز وقال زفر يجوز في الاول ايضا نظرا الى الحال والكل ماله فيه وجوابه
ما قلنا قال ولو اوصى بسهم من ماله فله اخس سهام الورثة الا ان ينقص عن السدس
فيتم له السدس ولا يزاد عليه وهذا عند ابي حنيفة وقالا له مثل نصيب احد الورثة ولا يزاد على
الثلث الا ان يجيز الورثة لان السهم يراد به احد سهام الورثة عرفا لا سيما في الوصية والاقل
متيقن فيصرف اليه الا اذا زاد على الثلث فيرد اليه لانه لا مزيد عليه عند عدم اجازة الورثة
وله ان السهم هو السدس هو المروي عن ابن مسعود وقد رفعه الى النبي عليه السلام فيما يروى ولانه يذكر
ويراد به السدس فان اياسا قال السهم في اللغة عبارة عن السدس ويذكر ويراد به سهم من سهام
الورثة فيعطى الاقل منها قالوا هذا في عرفهم وفي عرفنا السهم كالجزء قال ولو اوصى
بجزء من ماله قيل للورثة اعطوه ما شئتم لانه مجهول يتناول القليل والكثير غير ان الجهالة لا
تمنع صحة الوصية والورثة قائمون مقام الموصي فاليهم البيان ومن قال سدس مالي لفلان
ثم قال في ذلك المجلس او في مجلس آخر له ثلث مالي واجازت الورثة فله ثلث المال ويدخل السدس فيه
ومن قال سدس مالي لفلان ثم قال في ذلك المجلس او في غيره سدس مالي لفلان فله سدس واحد
لان السدس ذكر معرفا بالاضافة الى المال والمعرفة متى اعيدت يراد بالثاني عين الاول
هو المعهود في اللغة قال ومن اوصى بثلث دراهمه او بثلث غنمه فهلك ثلثا ذلك وبقي ثلثه
وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله فله جميع ما بقي وقال زفر له ثلث ما بقي لان كل واحد منهما

مشترك

مشترك بينهم والمال المشترك يتوى ما توى منه على الشركة ويبقى ما بقي عليها وصار كما اذا كانت
التركة اجناسا مختلفة ولنا ان في الجنس الواحد يمكن جمع حق احدهم في الواحد ولهذا يجري
فيه الجبر على القسمة وفيه جمع والوصية مقدمة فجمعناها في الواحد الباقي وصارت الدراهم
كالدرهم بخلاف الاجناس المختلفة لانه لا يمكن الجمع فيها جبرا فكذا تقديما قال ولو
اوصى بثلث ثيابه فهلك ثلثاه وبقي ثلثه وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله لم يستحق
الا ثلث ما بقي من الثياب قالوا هذا اذا كانت الثياب من اجناس مختلفة ولو كانت من
جنس واحد فهو بمنزلة الدراهم وكذا المكيل والموزون بمنزلتها لانه يجري فيه الجمع جبرا
بالقسمة ولو اوصى بثلث ثلاثة من رقيقه فمات اثنان لم يكن له الا ثلث الباقي وكذا الدور
المختلفة وقيل هذا قول ابي حنيفة وحده لانه لا يرى الجبر على القسمة فيها وقيل هو قول
الكل لان عندهما للقاضي ان يجتهد ويجمع وبدون ذلك يتعذر الجمع والاول اشبه
للفقه المذكور قال ومن اوصى لرجل بالف درهم وله مال العين فصار اليه وان لم
يخرج دفع اليه ثلث العين وكلما خرج شيء من الدين اخذ ثلثه حتى يستوفي الالف
لان الموصى له شريك الوارث وفي تخصيصه بالعين بخس في حق الورثة لان للعين
فضلا على الدين ولان الدين ليس بمال في مطلق الحال وانما يصير مالا عند الاستيفاء
فانما يعتدل النظر بما ذكرناه قال ومن اوصى لزيد وعمرو بثلث ماله فاذا عمرو
ميت فالثلث كله لزيد لان الميت ليس باهل للوصية فلا يزاحم الحي الذي هو من اهلها
كما اذا اوصى لزيد وجدار وعن ابي يوسف انه اذا لم يعلم بموته فله نصف الثلث لان
الوصية عنده صحيحة لعمرو فلم يرض للحي الا نصف الثلث بخلاف ما اذا علم بموته
لان الوصية للميت لغو فكان راضيا بكل الثلث للحي وان قال ثلث مالي بين زيد وعمرو
وزيد ميت كان لعمرو نصف الثلث لان قضية هذا اللفظ ان يكون لكل منهما نصف
الثلث بخلاف ما تقدم الا ترى ان من قال ثلث مالي لفلان وسكت كان له كل الثلث
ولو قال ثلث مالي بين فلان وسكت لم يستحق الثلث قال ومن اوصى بثلث ماله
ولا مال له واكتسب مالا استحق الموصى له ثلث ما يملكه عند الموت لان الوصية عقد
استخلاف مضاف الى ما بعد الموت ويثبت حكمه بعده فيشترط وجود المال عند الموت
لا قبله وكذا اذا كان له مال فهلك ثم اكتسب مالا لما بينا ولو اوصى له بثلث غنمه
فهلك الغنم قبل موته او لم يكن له غنم في الاصل فالوصية باطلة لما ذكرنا انه ايجاب
بعد الموت فيعتبر قيامه حينئذ وهذه الوصية تعلقت بالعين فتبطل بفواتها عند
الموت وان لم يكن له غنم فاستفاده ثم مات فالصحيح ان الوصية تصح لانها لو كانت
بلفظ المال تصح وكذا اذا كانت بلفظ الغنم وهذا لان وجوده قبل الموت فضل

والمعتبر قيامه عند الموت ولو قال له شاة من مالي وليس له غنم يعطى قيمة شاة
لانه لما اضافه الى المال علمنا ان مراده الوصية بمالية الشاة اذ ماليتها توجد في مطلق
المال ولو اوصى بشاة ولم يضفه الى ماله ولا غنم له قيل لا يصح لان المصحح اضافة
الى المال وبدونها يعتبر صورة الشاة ومعناها وقيل يصح لانه لما ذكر الشاة وليس
في ملكه شاة علم ان مراده المالية ولو قال شاة من غنمي ولا غنم له فالوصية
باطلة لانه لما اضافه الى الغنم علمنا ان مراده عين الشاة حيث جعلها جزءا من الغنم
بخلاف ما اذا اضافه الى المال وعلى هذا يخرج كثير من المسائل قال ومن اوصى
بثلث ماله لامهات اولاده وهن ثلاث وللفقراء والمساكين فلهن ثلاثة اسهم
من خمسة اسهم قال رضي الله عنه وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد رحمه الله يقسم
على سبعة اسهم لهن ثلاثة ولكل فريق سهمان واصله ان الوصية لامهات الاولاد
جائزة والفقراء والمساكين جنسان وفسرناهما في الزكوة لمحمد ان المذكور لفظ الجمع
وادناه في الميراث اثنان نجد ذلك في القرآن فكان من كل فريق اثنان وامهات الا
ولاد ثلث فلهذا يقسم على سبعة ولهما ان الجمع المحلى بالالف واللام يراد به
الجنس وانه يتناول الادنى مع احتمال الكل لا سيما عند تعذر صرفه الى الكل فيعتبر
من كل فريق واحد والثلاثة للثلث فبلغ الحساب خمسة ولو اوصى بثلثه لفلان
وللمساكين فنصفه لفلان ونصفه للمساكين عندهما وعند محمد ثلثه لفلان وثلثاه
للمساكين ولو اوصى للمساكين يصرف الى مسكين واحد عندهما وعنده لا يصرف
الا الى مسكينين بناء على ما بيناه قال ومن اوصى لرجل بمائة درهم ولآخر بمائة
ثم قال لآخر قد اشركتك معهما فله ثلث كل مائة لان الشركة للمساواة لغة و
قد امكن اثباته بين الكل بما قلناه لاتحاد المال لانه يصيب كل واحد منهم ثلثا
مائة بخلاف ما اذا اوصى لرجل باربعمائة ولآخر بمائتين ثم كان الاشراك لانه لا يمكن
تحقيق المساواة بين الكل لتفاوت المالين فحملناه على مساواته كل واحد منهما بتنصيف
نصيبه عملا باللفظ بقدر الامكان قال ومن قال لفلان علي دين فصدقوه
معناه قال ذلك لورثته فانه يصدق الى الثلث وهذا استحسان والقياس ان
لا يصدق لان الاقرار بالمجهول وان كان صحيحا لكنه لا يحكم به الا بالبيان وقوله
فصدقوه صدر مخالفا للشرع لان المدعي لا يصدق الا بحجة فتعذر اثباته اقرارا
مطلقا فلا يعتبر وجه الاستحسان انا نعلم ان من قصده تقديمه على الورثة وقد
امكن تنفيذ قصده بطريق الوصية وقد يحتاج اليه من يعلم باصل الحق عليه
دون مقداره سعيا منه في تفريغ ذمته فيجعلها وصية جعل التقدير فيها صحيحة

الى الموصى له كانه قال اذا جاءكم فلان وادعى شيئا فاعطوه من مالي ما شاء وهذه معتبرة من الثلث
فلهذا يصدق على الثلث دون الزيادة قال فان اوصى بوصايا غير ذلك يعزل الثلث لاصحاب
الوصايا والثلثان للورثة لان ميراثهم معلوم وكذا الوصايا معلومة وهذا مجهول فلا يزاحم
المعلوم فيقدم عزل المعلوم وفي الافراز فائدة اخرى وهو ان احد الفريقين قد يكون اعلم
بمقدار هذا الحق وابصر به والآخر الد خصاما وعساهم يختلفون في الفضل اذا ادعاه الخصم
وبعد الافراز يصح اقرار كل واحد فيما في يده من غير منازعة واذا عزل يقال لاصحاب الوصايا
صدقوه فيما شئتم ويقال للورثة صدقوه فيما شئتم لان هذا دين في حق المستحق وصية في
حق التنفيذ فاذا اقر كل فريق بشيء ظهر ان في التركة دينا شائعا في النصيبين فيؤخذ اصحاب الثلث
بثلث ما اقروا والورثة بثلثي ما اقروا تنفيذا لاقرار كل فريق في قدر حقه وعلى كل فريق منهما
اليمين على العلم ان ادعى المقر له زيادة على ذلك لانه يحلف على ما جرى بينه وبين غيره قال
ومن اوصى لاجنبي ولوارثه فللاجنبي نصف الوصية وتبطل وصيته للوارث لانه اوصى بما يملك
الايصاء به وبما لا يملك فيصح في الاول ويبطل في الثاني بخلاف ما اذا اوصى لحي وميت
لان الميت ليس باهل الوصية فلا يصلح مزاحما فيكون الكل للحي والوارث من اهلها ولهذا تصح
باجازة الورثة فافترقا وعلى هذا اذا اوصى للقاتل وللاجنبي وهذا بخلاف ما اذا اقر
بعين او دين لوارثه وللاجنبي حيث لا يصح في حق الاجنبي ايضا لان الوصية انشاء تصرف والشركة
تثبت حكما له فتصح في حق من يستحقه منهما اما الاقرار اخبار عن كائن وقد اخبر بوصف الشركة
في الماضي ولا وجه الى اثباته بدون هذا الوصف لانه خلاف ما اخبر به ولا الى اثبات الوصف
لانه يصير الوارث فيه شريكا ولانه لو قبض الاجنبي شيئا للوارث ان يشاركه فيه فيبطل في ذلك القدر ثم
لا يزال يقبض ويشاركه الوارث حتى يبطل الكل فلا يكون مفيدا وفي الانشاء حصة احدهما
ممتازة عن حصة الآخر بقاء وبطلانا قال ومن كان له ثلاثة اثواب جيد ووسط وردي
فاوصى بكل واحد لرجل فضاع ثوب ولا يدرى ايها هو والورثة تجحد ذلك فالوصية باطلة
ومعنى جحودهم ان يقول الوارث لكل واحد بعينه الثوب الذي هو حقك قد هلك فكان المستحق
مجهولا وجهالته تمنع صحة القضاء وتحصيل المقصود فبطل قال الا ان يسلم الورثة
الثوبين الباقيين فان سلموا زال المانع وهو الجحود فيكون لصاحب الجيد ثلثا الثوب الجيد
ولصاحب الوسط ثلث الجيد وثلث الادون ولصاحب الادون ثلثا الثوب الادون لان
صاحب الجيد لا حق له في الردي بيقين لانه اما ان يكون وسطا او رديا ولا حق له فيهما ويحتمل
ان يكون الردي هو الردي الاصلي فيعطى من محل الاحتمال واذا ذهب ثلثا الجيد وثلثا الادون
لم يبق الا ثلث الجيد وثلث الردي فيتعين حق صاحب الوسط فيه بعينه ضرورة قال واذا كان
الدار بين رجلين فاوصى احدهما ببيت بعينه لرجل فانها تقسم فان وقع البيت في نصيب الموصي
فهو للموصى له عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد مثل ذرع نصف البيت له اذا اوصى بما يملكه

وبملك غيره لان الدار بجميع اجزائها مشتركة فنفذ الاول وتوقف الثاني وهو ان ملكه بعد
بالقسمة التي هي مبادلة لا تنفذ الوصية السابقة كما اذا اوصى بملك الغير ثم اشتراه ثم اذا
وقع البيت في نصيب الموصي تنفذ الوصية في عين الموصى به وهو نصف البيت وان وقع في
نصيب صاحبه له مثل ذرع نصف البيت تنفيذا للوصية في بدل الموصى به عند فواته كالجارية
الموصى بها اذا قتلت تنفذ الوصية في بدلها بخلاف ما اذا بيع العبد الموصى به حيث لا
يتعلق الوصية في بدلها بخلاف بثمنه لان الوصية تبطل بالاقدام على البيع على ما بيناه ولا
تبطل بالقسمة ولهما انه اوصى بما يستقر ملكه فيه بالقسمة لان الظاهر انه يقصد الايصاء
بملك منتفع به من كل وجه وذلك يكون بالقسمة لان الانتفاع بالمشاع قاصر وقد استقر
ملكه في جميع البيت اذا وقع في نصيبه فتنفذ الوصية فيه ومعنى المبادلة في هذه القسمة
تابع وانما المقصود الافراز تكميلا للمنفعة ولهذا يجبر على القسمة فيه وعلى اعتبار الافراز
يصير كان البيت ملكه من الابتداء فان وقع في نصيب الاخر تنفذ في قدر ذرعان جميعه
مما وقع في نصيبه اما لانه عوضه كما ذكرناه او لان مراد الموصي من ذكر البيت التقدير به
تحصيلا لمقصوده ما امكن الا انه يتعين البيت اذا وقع في نصيبه جمعا بين الجهتين التقدير
به تحصيلا لمقصوده ما امكن والتمليك بعينه على اعتبار الوجه الاخر كما اذا علق عتق الولد
وطلاق المرأة باول ولد تلده امته فالمراد في جزاء الطلاق مطلق الولد وفي العتق ولد حي
ثم اذا وقع البيت في نصيب الموصي والدار مائة ذراع والبيت عشرة اذرع يقسم نصيبه بين الموصى له
والورثة على عشرة اسهم تسعة منها للورثة وسهم للموصى له وهذا عند محمد فيضرب الموصى له
بخمسة اذرع نصف البيت وهم بنصف الدار سوى البيت وهو خمسة واربعون فيجعل كل
خمسة سهما فيصير عشرة وعندهما يقسم على احد عشر سهما لان الموصى له يضرب بالعشرة وهم
بخمسة واربعين فيصير السهام احد عشر للموصى له سهمان ولهم تسعة ولو كان مكانها
اقرار قيل هو على الخلاف وقيل لا خلاف لمحمد والفرق له ان الاقرار بملك الغير صحيح حتى
من اقر بملك الغير لغيره ثم ملكه يؤمر بالتسليم الى المقر له والوصية بملك الغير لا تصح حتى
لو ملكه بوجه من الوجوه ثم مات لا تصح وصيته ولا تنفذ قال ومن اوصى من ماله لرجل
لاخر بالف بعينه فاجاز صاحب المال بعد موت الموصي فان دفعه فهو جائز وله ان يمنع
لان هذا تبرع بمال الغير فيتوقف على اجازته واذا اجاز يكون تبرعا منه ايضا فله ان
يمتنع من التسليم بخلاف ما اذا اوصى بالزيادة على الثلث واجازت الورثة
لان الوصية في مخرجها صحيحة لمصادفتها ملك نفسه والامتناع لحق الورثة فاذا اجازوها
سقط حقهم فينفذ من جهة الموصي قال واذا اقتسم الابنان تركة الاب الفا ثم اقر احدهما
لرجل ان الاب اوصى له بثلث ماله فان المقر يعطيه ثلث ما في يده وهذا استحسان والقياس

ان يعطيه نصف ما في يده وهو قول زفر لان اقراره بالثلث له تضمن اقراره بمساواته اياه و
التسوية في اعطاء النصف ليستوي له النصف وجه الاستحسان انه اقر له بثلث شائع في التركة
وهي في ايديهما فيكون مقرا بثلث ما في يده بخلاف ما اذا اقر احدهما بدين لغيره لان الدين
مقدم على الميراث فيكون مقرا بتقدمه فيقدم عليه اما الموصى له بالثلث شريك الوارث فلا
يسلم له شيء الا ان يسلم للورثة مثلاه ولانه لو اخذ منه نصف ما في يده فربما يقر الابن الاخر به ايضا
فياخذ نصف ما في يده فيصير نصف التركة فيزداد على الثلث قال ومن اوصى لرجل
بجارية فولدت بعد موت الموصي ولدا وكلاهما يخرجان من الثلث فهما للموصى له لان
الام دخلت في الوصية اصالة والولد تبعا حين كان متصلا بالام فاذا ولدت قبل القسمة
والتركة قبلها مبقاة على ملك الميت حتى يقضى به ديونه دخل في الوصية فيكونان للموصى له
وان لم يخرجا من الثلث ضرب بالثلث واخذ ما يخصه منهما جميعا في قول ابي يوسف ومحمد
وقال ابو حنيفة ياخذ ذلك من الام فان فضل شيء اخذه من الولد وفي الجامع الصغير عين
صورة وقال رجل له ستمائة درهم وامة تساوي ثلثمائة درهم قبل القسمة فللموصى له الام
وثلث الولد عنده وعندهما له ثلث كل واحد منهما لهما ما ذكرنا ان الولد دخل في الوصية
تبعا حالة الاتصال فلا يخرج عنها بالانفصال كما في البيع والعتق فتنفذ الوصية فيهما
على السواء من غير تقديم الام وله ان الام اصل والولد تبع والتبع لا يزاحم الاصل فلو
نفذنا الوصية فيهما جميعا تنتقض الوصية في بعض الاصل وذلك لا يجوز بخلاف البيع لان
تنفيذ البيع في التبع لا يؤدي الى نقضه في الاصل بل يبقى تاما صحيحا فيه الا انه لا يقابله بعض
الثمن ضرورة مقابلته بالولد اذا اتصل به القبض ولكن الثمن تابع في البيع حتى ينعقد البيع
بدون ذكره وان كان فاسدا هذا اذا ولدت قبل القسمة فان ولدت بعد القسمة

فصل في اعتبار حالة الوصية

واذا اقر المريض لامرأة بدين او اوصى لها بشيء او وهب لها ثم تزوجها ثم مات
جاز الاقرار وبطلت الوصية والهبة لان الاقرار ملزم بنفسه وهي اجنبية عند صدوره ولهذا
يعتبر من جميع المال ولا يبطل بالدين اذا كان في حالة الصحة او في حالة المرض الا ان الثاني
يؤخر عنه بخلاف الوصية لانه ايجاب عند الموت وهي وارثة عند ذلك ولا وصية للوارث
والهبة وان كانت منجزة صورة فهي كالمضاف الى ما بعد الموت حكما لان حكمها يتقرر عند
الموت الا ترى انها تبطل بالدين المستغرق وعند عدم الدين يعتبر من الثلث قال واذا
اقر المريض لابنه بدين وابنه نصراني او وهب له او اوصى له فاسلم الابن قبل موته بطل ذلك
كله اما الهبة والوصية فلما قلنا انه وارث عند الموت وهما ايجابان عنده او بعده والاقرار
وان كان ملزما بنفسه ولكن سبب الارث الزوجية وهي طارية حتى لو كانت الزوجية قائمة وقت
الاقرار وهي نصرانية ثم اسلمت قبل موته لا يصح الاقرار لقيام السبب حال صدوره قال

وكذا لو كان الابن عبدا او مكاتبا فاعتق لما ذكرنا وذكر في كتاب الاقرار ان لم يكن عليه دين
يصح لانه اقر لمولاه وهو اجنبي وان كان عليه دين لا يصح لانه اقرار له وهو ابنه والوصية
باطلة لما ذكرنا ان المعتبر فيها وقت الموت واما الهبة فيروى انها تصح لانه تمليك في الحال
وهو رقيق وفي عامة الروايات هي في مرض الموت بمنزلة الوصية فلا يصح قال والمقعد
والمفلوج والاشل والمسلول اذا تطاول ذلك فلم يخف منه الموت فهبته من جميع المال
لانه اذا تقادم العهد صار طبعا من طباعه ولهذا لا يشتغل بالتداوي ولو صار صاحب
فراش بعد ذلك فهو كمرض حادث وان وهب عندما اصاب ذلك ومات من ايامه
فهو من الثلث اذا صار صاحب فراش لانه يخاف منه الموت ولهذا يتداوى فيكون مرض
الموت **باب العتق في المرض** قال ومن اعتق عبدا في مرضه او باع وحابى او وهب فذلك
كله جائز وهو معتبر من الثلث ويضرب به مع اصحاب الوصايا وفي بعض النسخ فهو وصية مكان
قوله جائز والمراد الاعتبار من الثلث والضرب مع اصحاب الوصايا لا حقيقة الوصية
لانها ايجاب بعد الموت وهذا منجز غير مضاف واعتباره من الثلث لتعلق حق الورثة به وكذلك
ما ابتدأ المريض ايجابه على نفسه كالضمان والكفالة في حكم الوصية لانه يتهم فيه كما في الهبة وكل
ما اوجبه بعد الموت فهو من الثلث وان اوجبه في حال صحته اعتبارا بحالة الاضافة دون حالة العقد
وما نفذه من التصرف فالمعتبر فيه حالة العقد فان كان صحيحا فهو من جميع المال وان كان مريضا
فمن الثلث وكل مرض صح منه فهو كحال الصحة لان بالبرء تبين انه لا حق لاحد في ماله قال فان
حابى ثم اعتق وضاق الثلث عنهما فالمحاباة اولى عند ابي حنيفة وان اعتق ثم حابى فهما سواء وقالا
العتق اولى في المسئلتين والاصل فيه ان الوصايا اذا لم يكن فيها ما جاوز الثلث فكل من اصحابها
يضرب بجميع وصيته في الثلث لا يقدم البعض على البعض الا العتق الموقع في المرض والعتق
المعلق بموت الموصي كالتدبير الصحيح والمحاباة في البيع اذا وقعت في المرض لان الوصايا قد تساوت
والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي في نفس الاستحقاق وانما قدم العتق الذي
ذكرناه انفا لانه اقوى فانه لا يلحقه الفسخ من جهة الموصي فاذا قدم ذلك فيما بقي من الثلث
بعد ذلك يستوي فيه من سواهما من اهل الوصايا ولا يقدم البعض على البعض لهما في
الخلافية ان العتق اقوى لانه لا يلحقه الفسخ من جهة الموصي فاذا قدم ذلك فيما يبقى من الثلث
بعد ذلك والمحاباة يلحقها ولا معتبر بالتقديم في الذكر لانه لا يوجب التقدم في الثبوت وله
ان المحاباة اقوى لانها تثبت في ضمن عقد المعاوضة وكان تبرعا بمعناه لا بصيغته والاعتاق
تبرع صيغة ومعنى فاذا وجدت المحاباة اولا دفع الاضعف واذا وجد العتق اولا وثبت وهو لا
يحتمل الدفع كان من ضرورته المزاحمة وعلى هذا قال ابو حنيفة اذا حابى ثم اعتق ثم حابى قسم الثلث
بين المحاباتين نصفين لتساويهما ثم ما اصاب المحاباة الاخيرة قسم بينها وبين العتق لان العتق

مقدم

مقدم عليها فيستويان ولو اعتق ثم حابى ثم اعتق قسم الثلث بين العتق الاول والمحاباة وما
اصاب العتق قسم بينه وبين العتق الثاني وعندهما العتق اولى بكل حال قال ومن اوصى
بان يعتق عنه بهذه المائة عبد فهلك منها درهم لم يعتق عنه بما بقي عند ابي حنيفة وان كانت
وصية بحج يحج عنه بما بقي من حيث يبلغ وان لم يهلك منها وبقي شيء من الحجة يرد على الورثة
وقال ابو يوسف ومحمد يعتق عنه بما بقي لانه وصية بنوع قربة فيجب تنفيذها ما امكن
اعتبارا بالوصية بالحج وله انه وصية بالعتق لعبد يشترى بماية وتنفيذها فيمن يشترى
بماية وتنفيذها فيمن يشتري باقل منه تنفيذ لغير الموصى له وذلك لا يجوز بخلاف الوصية
بالحج لانها قربة محضة هي حق الله والمستحق لم يتبدل وصار كما اذا اوصى لرجل بماية فهلك
بعضها يدفع الباقي اليه وقيل هذه المسئلة بناء على اصل آخر مختلف فيه وهو ان العتق
حق الله عندهما حتى تقبل الشهادة عليه من غير دعوى فلم يتبدل المستحق وعنده حق العبد
حتى لا تقبل البينة من غير دعوى فاختلف المستحق وهذا اشبه قال ومن ترك ابنين وماية درهم
وعبدا قيمته ماية وقد كان اعتقه في مرضه فاجاز الوارثان ذلك لم يسع في شيء لان العتق
في مرض الموت وان كان في حكم الوصية وقد وقعت باكثر من الثلث الا انها تجوز بالاجازة
الورثة لان الامتناع لحقهم وقد اسقطوه قال ومن اوصى بعتق عبده ثم مات فجنى
العبد جناية ودفع بها بطلت الوصية لان الدفع قد صح لما ان حق ولي الجناية مقدم على
حق الموصي فكذلك على حق الموصى له لانه يتلقى الملك من جهته لان ملكه فيه باق وانما يزول
بالدفع فاذا خرج به عن ملكه بطلت الوصية كما اذا باعه الموصي او وارثه بعد موته فان
فداه الورثة كان الفداء في مالهم لانهم هم الذين التزموه وجازت الوصية لان العبد طهر
عن الجناية بالفداء كانه لم يجن فتنفذ الوصية قال ومن اوصى بثلث ماله لآخر فاقر
الموصى له والوارث ان الميت اعتق هذا العبد فقال الموصى له الا ان يفضل من الثلث
شيء او تقوم له البينة ان العتق في الصحة ليس بوصية ولهذا ينفذ من جميع المال والوارث
ينكره لان مدعاه العتق في المرض وهو وصية والعتق في المرض مقدم على الوصية بثلث المال
فكان منكرا والقول للمنكر مع اليمين ولان العتق حادث والحوادث تضاف الى اقرب الاوقات
للتيقن بها وكان الظاهر شاهدا للوارث فيكون القول قوله مع اليمين قال الا ان يفضل
من الثلث شيء على قيمة العبد لانه لا مزاحم له او تقوم له البينة ان العتق في الصحة لان الثابت
بالبينة كالثابت معاينة وهو خصم في اقامتها لاثبات حقه قال ومن ترك عبدا فقال
للوارث اعتقني ابوك في الصحة وقال رجل لي على ابيك الف درهم فقال صدقتما فان
العبد يسعى في قيمته عند ابي حنيفة وقالا يعتق ولا يسعى في شيء لان الدين والعتق في الصحة
ظهرا معا بتصديق الوارث في كلام واحد فصارا كانهما كانا معا والعتق في الصحة لا يوجب
السعاية وان كان على المعتق دين وله ان الاقرار بالدين اقوى لانه يعتبر من جميع المال

والاقرار بالعتق في المرض بمنزلة الثلث والاقوى يدفع الادنى وقضيته ان يبطل العتق في
المرض اصلا الا انه بعد وقوعه لا يحتمل البطلان فيدفع من حيث المعنى بايجاب السعاية
ولان الدين اسبق لانه لا مانع له من الاسناد فيستند الى حالة الصحة ولا يمكن اسناد العتق
الى تلك الحالة لان الدين يمنع العتق في حالة المرض مجانا فيجب السعاية وعلى هذا الخلاف
اذا مات الرجل وترك الف درهم فقال رجل لي على الميت الف درهم دين وقال الآخر كان لي
عنده الف درهم وديعة فعنده الوديعة اقوى وعندهما سواء **فصل** قال ومن اوصى
بوصايا من حقوق الله تعالى قدمت الفرائض منها قدمها الموصي او اخرها مثل الحج والزكوة والكفا
رات لان الفريضة اهم من النافلة والظاهر منه البداية بما هو الاهم فان تساوت
في القوة بدا بما قدمه الموصي اذا ضاق عنها الثلث لان الظاهر انه يبتدي بالاهم وذكر الطحاوي
انه يبتدى بالزكوة ويقدمها على الحج وهو احدى الروايتين عن ابي يوسف وفي رواية عنه
يقدم الحج وهو قول محمد وجه الاولى انهما وان استويا في الفريضة فالزكوة تعلق بها حق
العبد فكان اولى وجه الاخرى ان الحج يقام بالمال والنفس والزكوة بالمال قصرا عليه فكان
الحج اقوى ثم يقدم الزكوة والحج على الكفارات لمزيتهما عليها في القوة اذ جاء فيهما من
الوعيد ما لم يات في الكفارة والكفارة في القتل والظهار واليمين مقدمة على صدقة الفطر
وصدقة الفطر مقدمة على الاضحية للاتفاق على وجوبها والاختلاف في الاضحية وعلى هذا
القياس يقدم بعض الواجبات على البعض قال وما ليس بواجب قدم منه ما قدمه الموصي
لما بينا وصار كما اذا صرح بذلك قالوا ان الثلث يقسم على جميع الوصايا ما كان لله تعالى
وما كان للعبد فما اصاب القرب صرف اليها على الترتيب الذي ذكرناه ويقسم على عدد القرب
ولا يجعل الجميع كوصية واحدة لانه اذا كان المقصود بجميعها رضا الله تعالى فكل واحدة في نفسها مقصود
فينفرد كما ينفرد وصايا الآدميين قال ومن اوصى بحجة الاسلام احجوا عنه رجلا من بلده
يحج راكبا لان الواجب لله تعالى الحج من بلده ولهذا يعتبر فيه من المال ما يكفيه من بلده والوصية لاداء ما هو
الواجب عليه وانما قال راكبا لانه لا يلزمه ان يحج ماشيا فانصرف اليه على الوجه الذي وجب عليه
فان لم تبلغ الوصية النفقة احجوا عنه من حيث تبلغ وفي القياس لا يحج عنه لانه امر بالحج على صفة
عدمناها فيه غير انا جوزناه لانا نعلم ان الموصي قصد تنفيذ الوصية فيجب تنفيذها ما امكن
والممكن فيه ما ذكرناه وهو اولى من ابطالها راسا وقد فرقنا بين هذا وبين الوصية بالعتق
من قبل قال ومن خرج من بلده حاجا فمات في الطريق واوصى ان يحج عنه يحج عنه من بلده عند
ابي حنيفة وهو قول زفر وقال ابو يوسف ومحمد يحج عنه من حيث بلغ استحسانا وعلى هذا الخلاف اذا
مات الحاج عن غيره في الطريق لهما ان السفر بنية الحج وقع قربة وسقط فرض قطع المسافة بقدره
وقد وقع اجره على الله فيبتدا من ذلك المكان كانه من اهله بخلاف سفر التجارة لانه لم يقع قربة

فيحج

فيحج عنه من بلده وله ان الوصية تنصرف الى الحج من بلده على ما قررناه اداء للواجب على الوجه
الذي وجب **باب الوصية للاقارب وغيرهم** قال ومن اوصى لجيرانه فهم الملاصقون
عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد هم الملاصقون وغيرهم ممن يسكن محلة الموصي ويجمعهم مسجد المحلة
المسجد وهذا استحسان وقوله قياس لان الجار من المجاورة وهي الملاصقة حقيقة ولهذا
يستحق الشفعة بهذا الجوار ولانه لما تعذر صرفه الى الجميع يصرف الى اخص الخصوص وهو
الملاصق وجه الاستحسان ان هؤلاء كلهم يسمون جيرانا عرفا وقد تايد بقوله عليه السلام
لا صلاة لجار المسجد الا في المسجد وفسره بكل من سمع النداء ولان المقصد بر الجيران
واستحبابه ينتظم الملاصق وغيره الا انه لا بد من الاختلاط وذلك عند اتحاد المسجد
وما قاله الشافعي الجوار الى اربعين دارا بعيد وما يروى فيه ضعيف وقالوا يستوي فيه
الساكن والمالك والذكر والانثى والمسلم والذمي لان اسم الجار يتناولهم ويدخل
فيه العبد الساكن عنده لاطلاقه ولا يدخل عندهما لان الوصية له وصية لمولاه وهو
غير ساكن قال ومن اوصى لاصهاره فالوصية لكل ذي رحم محرم من امراته لما روي انه عليه السلام
لما تزوج صفية اعتق كل من ملك من ذي رحم محرم منها اكراما لها وكانوا يسمون اصهار النبي
عليه السلام وهذا التفسير اختيار محمد وابي عبيد وكذا يدخل فيه كل ذي رحم محرم من زوجة
ابيه وزوجة ابنه وزوجة كل ذي رحم محرم منه لان الكل اصهار ولو مات الموصي والمراة
في نكاحه او في عدة من طلاق بائن لا يستحقها لان بقاء الصهرية ببقاء النكاح وهو شرط وقت الموت
قال ومن اوصى لاختانه فالوصية لكل ذي رحم محرم منه وكذا المحارم للازواج لان الكل
يسمى ختنا قيل هذا في عرفهم وفي عرفنا لا يتناول الا ازواج المحارم ويستوي فيه الحر
والعبد والاقرب والابعد لان اللفظ يتناول الكل قال ومن اوصى لاقاربه فهي
للاقرب فالاقرب من كل ذي رحم محرم منه ولا يدخل فيه الوالدان والولد ويكون للاثنين فصاعدا
وهذا عند ابي حنيفة وقال صاحباه الوصية لكل من ينسب الى اقصى اب له في الاسلام وهو
اول اب اسلم او اول اب ادرك الاسلام وان لم يسلم على حسب ما اختلف فيه المشايخ وفائدة
الاختلاف تظهر في اولاد ابي طالب فانه ادرك الاسلام ولم يسلم لهما ان القريب
مشتق من القرابة فيكون اسما لمن قامت به فينتظم بحقيقته مواضع الخلاف وله ان
الوصية اخت الميراث وفي الميراث يعتبر الاقرب فالاقرب والمراد بالجمع المذكور فيه اثنان فكذا
في الوصية والمقصد من هذه الوصية تلافي ما فرط في اقامة واجب الصلة وهو يختص بذي الرحم
المحرم منه ولا يدخل فيه قرابة الولاد فانهم لا يسمون اقرباء ومن سمى والده قريبا كان منه
عقوقا وهذا لان القريب في عرف اللسان من يتقرب الى غيره بوسيلة غيره وتقرب الولد والوالد
بنفسه لا بغيره ولا معتبر بظاهر اللفظ بعد انعقاد الاجماع على تركه فعند ابي حنيفة تتقيد

يفيد بما ذكرنا وعندهما اقصى الاب في الاسلام وعند الشافعي الاب الادنى قال واذا اوصى
لاقاربه وله عمان وخالان فالوصية لعميه عند ابي حنيفة اعتبارا للاقرب كما في الارث وعندهما
بينهم ارباعا اذ هما لا يعتبران الاقرب ولو ترك عما وخالين فللعم نصف الوصية والنصف للخالين
لانه لا بد من اعتبار معنى الجمع وهو الاثنان في الوصية كما في الميراث بخلاف ما اذا اوصى لذي قرابته
حيث يكون للعم كل الوصية لان اللفظ للفرد فيحوز الواحد كلها اذ هو الاقرب ولو كان له عم
واحد فله نصف الثلث لما بينا ولو ترك عما وعمة وخالا وخالة فالوصية للعم والعمة بينهما بالسوية
لاستواء قرابتهما وهي اقوى والعمة وان لم تكن وارثة فهي مستحقة للوصية كما لو كان القريب رقيقا
او كافرا وكذا اذا اوصى لذوي قرابته او لاقربائه او لانسبائه في جميع ما ذكرنا لان كل ذلك لفظ
جمع ولو عدم المحرم بطلت الوصية لانها مقيدة بهذا الوصف قال ومن اوصى لاهل فلان
فهي على زوجته عند ابي حنيفة وقالا يتناول كل من يعولهم وتضمهم نفقته اعتبارا للعرف وهو
مؤيد بالنص قال الله تعالى واتوني باهلكم اجمعين وله ان اسم الاهل حقيقة في الزوجة يشهد بذلك
قوله تعالى وسار باهله آنس ومنه قولهم تاهل ببلدة كذا والمطلق ينصرف الى الحقيقة ولو اوصى
لآل فلان فهو لاهل بيته لان الآل القبيلة التي ينسب اليها ولو اوصى لاهل بيت فلان يدخل فيه
ابوه وجده لان الاب اصل البيت ولو اوصى لاهل نسبه او لجنسه فالنسب عبارة عمن ينسب اليه
والنسب يكون من جهة الآباء وجنسه اهل بيت ابيه دون امه لان الانسان يتجنس بابيه بخلاف
قرابته حيث يكون من جانب الاب والام ولو اوصى لايتام بني فلان او لعميانهم او لزمناهم او لاراملهم
ان كانوا قوما يحصون دخل في الوصية فقراؤهم واغنياؤهم ذكورهم واناثهم لانه امكن تحقيق
التمليك في حقهم والوصية تمليك وان كانوا لا يحصون فالوصية للفقراء منهم لان المقصود من الوصية
القربة وهي في سد الخلة ورد الجوعة وهذه الاسامي تشعر بتحقق الحاجة فجاز حمله على الفقراء بخلاف
ما اذا اوصى لشبان بني فلان وهم لا يحصون او لايامى بني فلان وهم لا يحصون حيث تبطل الوصية
لانه ليس في اللفظ ما ينبئ عن الحاجة فلا يمكن صرفه الى الفقراء ولا يمكن تصحيحه تمليكا في حق الكل
للجهالة المتفاحشة فيتعذر الصرف اليهم وفي الوصية للفقراء والمساكين يجب الصرف الى اثنين منهم
اعتبارا لمعنى الجمع واقله اثنان في الوصايا على ما مر ولو اوصى لبني فلان يدخل فيه الاناث في
قول ابي حنيفة اول قوله وهو قولهما لان جمع الذكور يتناول الاناث ثم رجع وقال يتناول
الذكور خاصة لان حقيقة الاسم للذكور وانتظامه الاناث تجوز والكلام لحقيقته بخلاف ما
اذا كان بنو فلان اسم قبيلة او فخذ حيث يتناول الذكور والاناث لانه ليس يراد بها اعيانهم
اذ هو مجرد الانتساب كبني آدم ولهذا يدخل فيه مولى العتاقة والموالاة وحلفاؤهم
ومن اوصى لولد فلان فالوصية بينهم والذكر والانثى فيه سواء لان اسم الولد ينتظم الكل
انتظاما واحدا ومن اوصى لورثة فلان فالوصية بينهم للذكر مثل حظ الانثيين لانه لما نص على

لفظ

لفظ الورثة آذن ذلك بان قصده التفضيل كما في الميراث ومن اوصى لمواليه وله موال اعتقهم
وموال اعتقوه فالوصية باطلة وقال الشافعي في بعض كتبه ان الوصية لهم جميعا وذكر في
مواضع آخر انه يوقف حتى يصالحوا له ان الاسم يتناولهم لان كلا منهم يسمى مولى فصار كالاخوة
ولنا ان الجهة مختلفة لان احدهما مولى النعمة والآخر منعم عليه فصار مشتركا فلا ينتظمهما لفظ
واحد في موضع الاثبات بخلاف ما اذا حلف لا يكلم موالي فلان حيث يتناول الاعلى والاسفل
لانه مقام النفي ولا تنافي فيه ويدخل في هذه الوصية من اعتقه في الصحة والمرض ولا يدخل
مدبروه وامهات اولاده لان عتق هؤلاء يثبت بعد الموت والوصية تضاف الى حالة الموت
فلا بد من تحقق الاسم قبله وعن ابي يوسف انهم يدخلون لان سبب الاستحقاق لازم ويدخل
فيه عبد قال له مولاه ان لم اضربك فانت حر لان العتق يثبت قبيل الموت عند تحقق عجزه
ولو كان له موال واولاد الموالي وموالي موالاة يدخل فيها معتقوه واولادهم دون
موالي الموالاة وعن ابي يوسف انهم يدخلون ايضا والكل شركاء لان الاسم يتناولهم على السواء
ومحمد رحمه الله يقول الجهة مختلفة في المعتق الانعام وفي الموالي عقد الالتزام والاعتاق لازم
وكان الاسم له احق ولا يدخل فيهم موالي الموالي لانهم موالي غيره حقيقة بخلاف مواليه واولادهم
لانهم ينسبون اليه باعتاق وجد منه وبخلاف ما اذا لم يكن له موال ولا اولاد الموالي لان
اللفظ لهم مجاز فيصرف اليه عند تعذر اعتبار الحقيقة ولو كان له معتق واحد وموالي
الموالي فالنصف لمعتقه والباقي للورثة لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز ولا يدخل فيه موالي
اعتقهم ابنه او ابوه لانهم ليسوا بمواليه لا حقيقة ولا مجازا وانما يحرز ميراثهم بالعصوبة
بخلاف معتق المعتق لانه ينسب اليه بالولاء

باب الوصية بالسكنى والخدمة والثمرة

قال ويجوز الوصية بخدمة عبده وسكنى داره سنين معلومة ويجوز بذلك ابدا لان
المنافع يصح تمليكها في حالة الحياة ببدل وغير بدل فكذا بعد الممات لحاجته كما في الاعيان ويكون
محبوسا على ملكه في حق المنفعة حتى يتملكها الموصى له على ملكه كما يستوفي الموقوف عليه منافع
الوقف على حكم ملك الواقف ويجوز مؤقتا ومؤبدا كما في العارية فانها تمليك على اصلنا
بخلاف الميراث لانه خلافة فيما يتملكه المورث وذلك في عين تبقى والمنفعة عرض لا يبقى وكما
والمعنى يشملهما فان خرجت رقبة العبد من الثلث يسلم اليه ليخدمه لان حق الموصى له في
الثلث لا يزاحمه الورثة وان كان لا مال له غيره خدم الورثة يومين والموصى له يوما لان
حقه في الثلث وحقهم في الثلثين كما في الوصية في العين ولا يمكن قسمة العبد اجزاء لانه لا
يتجزى فصرنا الى المهاياة ايفاء للحقين بخلاف الوصية بسكنى الدار اذا كان لا يخرج من الثلث
حيث تقسم عين الدار اثلاثا للانتفاع لانه يمكن القسمة بالاجزاء وهو اعدل للتسوية بينهما

زمانا وذا انا وفي المهاياة تقديم احدهما زمانا ولو اقتسموا الدار مهاياة من حيث الزمان يجوز
ايضا لان الحق لهم الا ان الاول وهو الاعدل اولى وليس للورثة ان يبيعوا ما في ايديهم
من ثلثي الدار وعن ابي يوسف ان لهم ذلك لانه خالص ملكهم وجه الظاهر ان حق الموصى
له ثابت في سكنى جميع الدار بان ظهر للميت مال آخر يخرج الدار من الثلث وكذا له حق
المزاحمة فيما في ايديهم اذا خرب ما في يده والبيع يتضمن ابطال ذلك فمنعوا عنه فان كان
مات الموصى له عادت الى الورثة لان الموصي اوجب الحق للموصى له ليستوفي المنافع على حكم ملكه
فلو انتقل الى وارث الموصى له استحقها ابتداء من ملك الموصي من غير مرضاته وذلك لا يجوز
ولو مات الموصى له في حيوة الموصي بطلت الوصية لان ايجابها تعلق بالموت على ما بينا من قبل
ولو اوصى بغلة عبده او داره فاستخدمه بنفسه او سكنها بنفسه قيل يجوز ذلك لان قيمة
المنافع كعينها في تحصيل المقصود والاصح انه لا يجوز لان الغلة دراهم او دنانير وقد
وجبت الوصية بها وهذا استيفاء المنافع وهما متغايران ومتفاوتان في حق الورثة فانه
لو ظهر دين يمكنهم اداؤه من الغلة بالاسترداد منه بعد استغلالها ولا يمكنهم من المنافع بعد
استيفائها بعينها وليس للموصى له بالخدمة والسكنى ان يؤاجر العبد او الدار وقال الشافعي
له ذلك لانه بالوصية ملك المنفعة فيملك تمليكها من غيره ببدل وبغير بدل لانها كالاعيان
عنده بخلاف العارية لانها اباحة على اصله وليس بتمليك ولنا ان الوصية تمليك
بغير بدل مضاف الى ما بعد الموت فلا يملك تمليكه بغير بدل في حالة الحيوة على اصلنا
ولا يملك المستعير الاجارة لانها تمليك ببدل كذا هذا وتحقيقه ان التمليك ببدل لازم
وبغير بدل غير لازم ولا يملك الاقوى بالاضعف والاكثر بالاقل والوصية تبرع غير لازم
الا ان الرجوع للمتبرع لا لغيره والمتبرع بعد الموت لا يمكنه الرجوع فلهذا انقطع اما هو في
وضعه غير لازم ولان المنفعة ليست بمال على اصلنا وفي تمليكها بالمال احداث صفة المالية
فيها تحقيقا للمساواة في عقد المعاوضة فانما تثبت هذه الولاية لمن تملكها تبعا لملك الرقبة او
لمن تملكها بعقد المعاوضة حتى يكون مملكا لها بالصفة التي تملكها اما اذا تملكها مقصودة بغير
عوض ثم ملكها بعوض كان مملكا اكثر مما تملكه معنى وهذا لا يجوز وليس للموصى له ان يخرج العبد
من الكوفة الا ان يكون الموصى له واهله في غير الكوفة فيخرجه الى اهله للخدمة هنالك اذا
يخرج من الثلث لان الوصية انما تنفذ على ما يعرف من مقصود الموصي فاذا كانوا في مصره فمقصوده
ان يمكنه من خدمته بدون ان يلزمه مشقة السفر فاذا كانوا في غيره فمقصوده ان يحمل العبد
الى اهله ليخدمهم ولو اوصى بغلة عبده او بغلة داره يجوز ايضا لانه بدل المنفعة فاخذ
حكم المنفعة في جواز الوصية به كيف وانه عين حقيقة لانه دراهم او دنانير فكان بالجواز اولى

ولولم

ولو لم يكن له مال غيره كان له ثلث غلة تلك السنة لانه عين مال يحتمل القسمة بالاجزاء فلو اراد
الموصى له قسمة الدار بينه وبين الورثة ليكون هو الذي يستغل ثلثها لم يكن له ذلك في الظاهر
رواية عن ابي يوسف فانه يقول الموصى له شريك الوارث وللشريك ذلك فكذا للموصى له
الا انا نقول المطالبة بالقسمة تبتنى على ثبوت الحق للموصى له فيما تلاقيه القسمة اذ هو
الطالب ولا حق له في عين الدار وانما حقه في الغلة فلا يملك المطالبة بقسمة الدار ولو
اوصى له بخدمة عبده ولآخر برقبته وهو يخرج من الثلث فالرقبة لصاحب الرقبة والخدمة
عليها لصاحب الخدمة لانه اوجب لكل واحد منهما شيئا معلوما عطفا منه لاحدهما على
الآخر فيعتبر هذه الحالة بحالة الانفراد ثم لما صحت الوصية لصاحب الخدمة فلو لم يوص في
الرقبة بشيء لصارت الرقبة ميراثا للورثة مع كون الخدمة للموصى له فكذا اذا اوصى بالرقبة
لانسان آخر لان الوصية اخت الميراث من حيث ان الملك يثبت فيهما بعد الموت وله نظائر
وهو ما اذا اوصى بامة لرجل وبما في بطنها لآخر وهي تخرج من الثلث او اوصى لرجل بخاتم ولآخر
بفصه او قال هذه القوصرة لفلان وما فيها من التمر لفلان كان كما اوصى ولا شيء لصاحب
الظرف في المظروف في هذه المسائل كلها اما اذا فصل احدهما عن الآخر فيها فكذلك
الجواب عند ابي يوسف وعلى قول محمد الامة للموصى له بها والولد بينهما نصفان وكذلك في
الخاتم لابي يوسف ان ايجابه في الكلام الثاني تبين ان مراده من الكلام الاول ايجاب الامة
للموصى له دون الولد وهذا البيان منه صحيح وان كان مفصولا لان الوصية لا تلزم شيئا
في حال حيوة الموصي فكان البيان المفصول فيه والموصول سواء في وصية الرقبة والخدمة
ولمحمد ان اسم الخاتم يتناول الحلقة والفص وكذا اسم الجارية يتناولها وما في بطنها و
اسم القوصرة كذلك ومن اصلنا ان العام الذي موجبه ثبوت الحكم على سبيل الاحاطة
بمنزلة الخاص فقد اجتمع في الفص وصيتان وكل منهما وصية بايجاب على حدة فيجعل بينهما
نصفين ولا يكون ايجاب الوصية فيه للثاني رجوعا عن الاول كما لو اوصى بالخاتم للثاني
بخلاف الخدمة مع الرقبة لان اسم الرقبة لا يتناول الخدمة وانما يستخدمه الموصى له
بحكم ان المنفعة حصلت على ملكه فاذا اوجب الخدمة لغيره لا يبقى للموصى له فيه حق بخلاف ما اذا
كان الكلام موصولا لان ذلك دليل التخصيص او الاستثناء فتبين انه اوجب لصاحب الخاتم
الحلقة خاصة دون الفص قال ومن اوصى لآخر بثمرة بستانه ثم مات وفيه ثمرة فله هذه
الثمرة وحدها وان قال له ثمرة بستاني ابدا فله هذه الثمرة وثمرته فيما يستقبل ما عاش وان
اوصى له بغلة بستانه فله الغلة القائمة وغلته فيما يستقبل والفرق ان الثمرة اسم للموجود
عرفا فلا يتناول المعدوم الا بدلالة زائدة مثل التنصيص على الابد لانه لا يتأبد الا بتناول
المعدوم والمعدوم مذكور وان لم يكن شيئا اما الغلة فينتظم الموجود وما يكون بعرض

الوجود مرة بعد اخرى عرفا يقال فلان يأكل من غلة بستانه ومن غلة ارضه وداره فاذا اطلقت
تتناولهما عرفا غير موقوف على دلالة اخرى اما الثمرة اذا اطلقت لا يراد بها الا الموجود فلهذا
لا يتناول الا بدلالة زائدة قال ومن اوصى لرجل بصوف غنمه ابدا او باولادها او بلبنها ثم
مات فله ما في بطونها من الولد وما في ضروعها من اللبن وما على ظهورها من الصوف يوم يموت الموصي
سواء قال ابدا او لم يقل لانه ايجاب عند الموت فيعتبر قيام هذه الاشياء يومئذ وهذا بخلاف
ما تقدم والفرق ان القياس يأبى تمليك المعدوم لانه لا يقبل الملك الا ان في الثمرة والغلة
المعدومة جاء الشرع بورود العقد عليها كالمعاملة والاجارة فاقتضى ذلك جوازه في الوصية
بطريق الاولى لان بابها اوسع اما الولد المعدوم واخواه لا يجوز ايراد العقد عليها اصلا ولا يستحق
بعقد ما وكذا لا يدخل تحت الوصية بخلاف الموجود منها لانه يجوز استحقاقها بعقد البيع تبعا
وبعقد الخلع مقصودا **باب وصية الذمي** واذا صنع يهودي او نصراني بيعة او كنيسة في صحته
ثم مات فهو ميراث لان هذا بمنزلة الوقف عند ابي حنيفة والوقف عنده يورث ولا يلزم فكذلك
هذا واما عندهما فلان هذه معصية فلا يصح عندهما قال ولو اوصى بذلك لقوم مسمين فهو
من الثلث معناه اذا اوصى ان يبنى داره بيعة او كنيسة فهو جائز من الثلث لان الوصية فيها
معنى الاستخلاف ومعنى التمليك وله ولاية ذلك فامكن تصحيحه على اعتبار المعنيين قال
وان اوصى بداره كنيسة لقوم غير مسمين جازت الوصية عند ابي حنيفة وعندهما الوصية باطلة
لان هذه معصية حقيقة وان كان في معتقدهم قربة والوصية بالمعصية باطلة لما في تنفيذها
من تقرير المعصية ولابي حنيفة ان هذه قربة في معتقدهم ونحن امرنا بان نتركهم وما يعتقدون
فيجوز بناء على اعتقادهم الا ترى انه لو اوصى بما هو قربة حقيقة معصية في معتقدهم لا يجوز
الوصية اعتبارا لاعتقادهم فكذا عكسه ثم الفرق لابي حنيفة بين بناء البيعة والكنيسة وبين
الوصية به ان البناء نفسه ليس بسبب لزوال ملك الباني وانما يزول ملكه بان يصير محررا خالصا
لله تعالى كما في مساجد المسلمين والكنيسة لم تصر محررة حقيقة فيبقى ملكا للباني فيورث عنه
ولانهم يبنون فيها الحجرات ويسكنونها فلم يتحرر لتعلق حق العباد به وفي هذه الصورة
يورث المسجد ايضا لعدم تحرره بخلاف الوصية لانه وضع لازالة الملك الا انه امتنع
ثبوت مقتضاه في غير ما هو قربة عندهم فيبقى فيما هو قربة على مقتضاه فيزول ملكه فلا يورث
ثم الحاصل ان وصايا الذمي على اربعة اقسام منها ان يكون قربة في معتقدهم ولا يكون قربة
في حقنا وهو ما ذكرناه وما اذا اوصى الذمي بان يذبح خنازيره ويطعم المشركين وهذه
على الخلاف اذا كان لقوم غير مسمين كما ذكرنا والوجه ما بيناه ومنها اذا اوصى بما يكون قربة
في حقنا ولا يكون في معتقدهم قربة كما اذا اوصى بالحج او بان يبني مسجدا للمسلمين فهذه الوصية
باطلة بالاجماع اعتبارا لاعتقادهم الا اذا كان لقوم باعيانهم لوقوعه تمليكا لانهم معلومون

والجهة

والجهة مشهورة ومنها اذا اوصى بما يكون قربة في حقنا وحقهم كما اذا اوصى بان يسرج في بيت
المقدس او يغزى على الترك وهو من الروم وهذا جائز سواء كان لقوم باعيانهم او بغير اعيانهم
لانه وصية بما هو قربة حقيقة وفي معتقدهم ايضا ومنها اذا اوصى بما لا يكون قربة لا في
حقنا ولا في حقهم الا ان يكون لقوم باعيانهم فيصح تمليكا واستخلافا وصاحب الهوى اذا
كان لا يكفر فهو في حق الوصية بمنزلة المسلم لانا امرنا ببناء الاحكام على الظاهر وان كان
يكفر فهو بمنزلة المرتد فيكون على الخلاف المعروف في تصرفاته بين ابي حنيفة وصاحبيه
وفي المرتدة الاصح انه يصح وصاياها لانها تبقى على الردة بخلاف المرتد فيكون على
الخلاف فانه يقتل او يسلم قال واذا دخل الحربي بامان فاوصى لمسلم او ذمي
بماله كله جاز لان امتناع الوصية بما زاد على الثلث لحق الورثة ولهذا ينفذ باجازتهم
وليس لورثته حق مرعي لكونهم في دار الحرب اذ هم اموات في حقنا ولان حرمة ماله
باعتبار الامان والامان كان لحقه لا لحق ورثته ولو كان اوصى باقل من ذلك اخذت
الوصية ورد الباقي على ورثته وذلك من حق المستامن ايضا ولو اعتق عبده عند الموت
او دبر عبده في دار الاسلام فذلك صحيح منه من غير اعتبار الثلث لما بيناه وكذا
لو اوصى له مسلم او ذمي بوصية جاز لانه ما دام في دار الاسلام فهو في المعاملات
بمنزلة الذمي ولهذا يصح عقود التمليكات منه في حال الحياة ويصح تبرعه في حياته
فكذا بعد مماته وعن ابي حنيفة وابي يوسف انه لا يجوز لانه من اهل الحرب اذ هو
بصدد الرجوع ويمكن منه ولا يمكن من زيادة المقام على السنة الا بالجزية ولو اوصى
الذمي باكثر من الثلث او لبعض ورثته لا يجوز اعتبارا بالمسلمين لانهم التزموا
احكام الاسلام فيما يرجع الى المعاملات ولو اوصى لخلاف ملته جاز اعتبارا
بالارث اذ الكفر كله ملة واحدة ولو اوصى لحربي في دار الاسلام لا يجوز لان
الارث ممتنع لتباين الدارين والوصية اخته **باب الوصي وما يملكه**
ومن اوصى الى رجل فقبل الوصي في وجه الموصي ورده في غير وجهه فليس برد
لان الميت مضى لسبيله معتمدا عليه ولو صح رده في غير وجهه بورود العقد عليها
كالمعاملة والاجارة فاقتضى ذلك جوازه في الوصية بطريق الاولى لان بابها
اوسع لان الولد المعدوم واخواه لا يجوز ايراد العقد عليها اصلا ولا يستحق
بعقد ما وكذا لا يدخل تحت الوصية بخلاف الموجود منها لانه يجوز استحقاقها
بعقد البيع تبعا وبعقد الخلع مقصودا في حياته او بعد مماته مغرورا من جهته
فرد رده بخلاف الوكيل بشراء عبد بغير عينه او ببيع ماله حيث يصح رده في غير وجهه
لانه لا ضرر هناك لانه حي قادر على التصرف بنفسه قال وان رده في وجهه فهو رد

لانه ليس للموصي ولاية الزامه التصرف ولا غرور فيه لانه يمكنه ان يبيع غيره فان لم
يقبل ولم يرد حتى مات الموصي فهو بالخيار ان شا قبل وان شا لم يقبل لان الموصي
ليس له ولاية الالزام فبقي مخيرا فلو انه باع شيا من تركته فقد لزمته لان ذلك
دلالة الالتزام والقبول وهو معتبر بعد الموت وينفذ البيع لصدوره من
الموصي وسواء علم بالوصاية او لم يعلم بخلاف الوكيل اذا لم يعلم بالتوكيل
فباع حيث لا ينفذ لان الوصاية خلافة لانه يختص بحال انقطاع ولاية الميت فتنتقل
الولاية اليه واذا كان خلافة لا يتوقف على العلم كالوراثة اما التوكيل فانابة
لثبوته في حال قيام ولاية الميت فلا يصح من غير علم كاثبات الملك بالبيع
والشرى وقد بينا طريق العلم وشرط الاخبار فيما تقدم من الكتاب وان لم يقبل
حتى مات الموصي فقال لا اقبل ثم قبل فله ذلك ان لم يكن القاضي اخرجه حين
قال لا اقبل لا يبطل الايصاء لان في ابطاله ضررا بالميت وضرر الوصي في
الابقاء مجبور بالثواب ودفع الاول وهو اعلى اولى الا ان القاضي اذا اخرجه
عن الوصاية يصح ذلك لانه مجتهد فيه اذ للقاضي ولاية دفع الضرر وربما يعجز
عن ذلك فيتضرر ببقاء الوصاية فيدفع القاضي الضرر عنه وينصب حافظا لمال
الميت متصرفا فيه فيندفع الضرر من الجانبين فلهذا ينفذ اخراجه فلو قال
بعد اخراج القاضي اياه اقبل لم يلتفت اليه لانه قبل بعد بطلان الوصاية
بابطال القاضي قال ومن اوصى الى عبد او كافر او فاسق اخرجهم القاضي
عن الوصية ونصب غيرهم وهذا اللفظ يشير الى صحة الوصية لان الاخراج يكون
بعدها وذكر محمد في الاصل ان الوصية باطلة قيل معناه في جميع هذه الصور
ان الوصية ستبطل وقيل في العبد معناه باطل حقيقة وولاية الفاسق على
اصلنا وولاية الكافر في الجملة الا انه لم يتم النظر لتوقف ولاية العبد
على اجازة المولى وتمكنه من الحجر بعدها والمعاداة الدينية الباعثة للكافر على ترك
النظر في حق المسلم واتهام الفاسق بالخيانة فيخرجه القاضي من الوصاية ويقيم
غيره مقامه اتماما للنظر وشرط في الاصل ان يكون الفاسق مخوفا عليه في المال
وهذا يصلح عذرا في اخراجه وتبديله بغيره قال ومن اوصى الى عبد نفسه
وفي الورثة كبار لم تصح الوصية لان للكبير ان يمنعه او يبيع نصيبه فيمنعه
المشتري فيعجز عن الوفاء بحق الوصية فلا يفيد فائدة وان كانوا صغارا كلهم
فالوصية اليه جائزة عند ابي حنيفة ولا يجوز عندهما وهو القياس وقيل
قول محمد مضطرب يروى مع ابي حنيفة مرة وتارة مع ابي يوسف رحمهما الله

وجه القياس

وجه القياس ان الولاية منعدمة لما ان الرق ينافيها ولان فيها اثبات الولاية للمملوك على
المالك وهذا قلب المشروع ولان الولاية الصادرة من الاب لا تتجزى وفي اعتبار هذه
تجزيها لانه لا يملك بيع رقبته وهذا نقض الموضوع وله انه مخاطب مستبد بالتصرف
فيكون اهلا للوصاية وليس لاحد عليه ولاية فان الصغار وان كانوا ملاكا ليس لهم
ولاية المنع فلا منافاة وايصا المولى اليه يؤذن بكونه ناظرا لهم وصار كالمكاتب و
الوصاية قد تتجزى على ما هو المروي عن ابي حنيفة او نقول يصار اليه كيلا يؤدي الى ابطال
اصله وتغيير الوصف بتصحيح الاصل اولى قال ومن عجز عن القيام بالوصية
ضم اليه القاضي غيره رعاية لحق الموصي والورثة وهذا لان تكميل النظر يحصل بضم الاخر اليه
لصيانته وبعض كفايته فيتم النظر باعانة غيره ولو شكا اليه الوصي ذلك لا يجيبه حتى يعرف
ذلك حقيقة لان الشاكي قد يكون كاذبا تخفيفا على نفسه ولو ظهر عند القاضي عجزه اصلا
استبدل به رعاية للنظر من الجانبين ولو كان قادرا على التصرف وامينا فيه ليس للقاضي
ان يخرجه لانه لو اختار غيره كان دونه لما انه مختار الميت ومرضيه فابقاؤه اولى ولهذا
قدم على اب الميت مع وفور شفقته فاولى ان يقدم على غيره وكذا اذا شكا الورثة او بعضهم
الوصي الى القاضي فانه لا ينبغي له يعزله حتى يبدو منه خيانة لانه استفاد الولاية من الميت
غير انه اذا ظهرت الخيانة فالميت انما نصبه وصيا لامانته وقد فاتت ولو كان في الاحياء
لاخرجه منها فعند عجزه ينوب القاضي منابه كانه لا وصي له قال ومن اوصى الى اثنين
لم يكن لاحدهما ان يتصرف عند ابي حنيفة ومحمد دون صاحبه الا في اشياء معدودة نبينها
ان شاء الله وقال ابو يوسف ينفرد كل منهما بالتصرف في جميع الاشياء لان الوصاية سبيلها
الولاية وهو وصف شرعي لا يتجزى لكل منهما كملا كولاية الانكاح للاخوين وهذا لان الوصاية
خلافة وانما يتحقق اذا انتقلت الولاية اليه على الوجه الذي كان ثابتا للموصي وقد كان بوصف
الكمال ولان اختيار الاب اياهما يؤذن باختصاص كل واحد بالشفقة فينزل ذلك منزلة
قرابة كل واحد ولهما ان الولاية تثبت بالتفويض فيراعى وصف التفويض وهو وصف
الاجتماع اذ هو شرط مفيد وما رضي الموصي الا بالمثنى وليس الواحد كالمثنى بخلاف الاخوين
في الانكاح لان السبب هنالك القرابة وقد قامت بكل منهما على الكمال ولان الانكاح حق مستحق لها
على الولي حتى لو طالبته بانكاحها من كفو يخطبها يجب عليه وههنا حق التصرف للوصي ولهذا
يبقى مخيرا في التصرف ففي الاول اوفى حقا على صاحبه فصح وفي الثاني استوفى حقا لصاحبه
فلا يصح اصله الدين الذي عليهما وله لهما بخلاف الاشياء المعدودة لانها من باب الضرورة
لا من باب الولاية ومواضع الضرورة مستثناة ابدا وهي ما استثناه في الكتاب واخواتها
فقال الا في شرى الكفن وتجهيزه لان في التاخير فساد الميت ولهذا يملكه الجيران عند ذلك وطعام

الصغار وكسوتهم لانه يخاف موتهم جوعا وعريا ورد الوديعة بعينها ورد المغصوب والمشتري شرا فاسدا
وحفظ الاموال وقضا الديون لانها ليست من باب الولاية فانه يملكه المالك وصاحب الدين اذا ظفر
بجنس حقه وحفظ المال يملكه من يقع في يده وكان من باب الاعانة ولانه لا يحتاج فيه الى الراي وتنفيذ
وصية بعينها وعتق عبد بعينه لانه لا يحتاج فيه الى الراي والخصومة في حقوق الميت لان الاجتماع
فيها متعذر ولهذا ينفرد بها احد الوكيلين وقبول الهبة لان في التاخير خيفة الفوات ولانه
تملكه الام والذي في حجره فلم يكن من الولاية وبيع ما يخشى عليه التوى والتلف لان فيه ضرورة
لا تخفى وجمع الاموال الضايعة لان في التاخير خشية الفوات ولانه يملكه كل من وقع في يده فلم
يكن من باب الولاية قال وفي الجامع الصغير وليس لاحد الوصيين ان يبيع او يتقاضى والمراد
بالتقاضي الاقتضا كذا كان المراد منه في عرفهم وهذا لانه رضي بامانتهما جميعا في القبض ولانه
في معنى المبادلة لا سيما عند اختلاف الجنس على ما عرف فكان من باب الولاية ولو اوصى الى كل واحد
بالانفراد قيل يتفرد كل واحد منهما بالتصرف بمنزلة الوكيلين اذا وكل كل واحد على الانفراد وهذا
لانه لما افرد فقد رضي براي الواحد وقيل الخلاف في الفصلين واحد لان وجوب الوصية
عند الموت بخلاف الوكيلين لان الوكالة تتعاقب فان مات احدهما جعل القاضي مكانه وصيا
آخر اما عندهما فلان الباقي عاجز عن التفرد بالتصرف فيضم القاضي اليه وصيا آخر نظرا للميت
عند عجزه وعند ابي يوسف الحي منهما وان كان يقدر على التصرف فالموصي قصد ان يخلفه متصرفان
في حقوقه وذلك ممكن التحقق بنصب وصي آخر مكان الميت ولان الميت منهما اوصى الى الحي
فللحي ان يتصرف وحده في ظاهر الرواية بمنزلة ما اذا اوصى الى شخص آخر ولا يحتاج القاضي الى
نصب وصي آخر لان راي الميت باق حكما براي من يخلفه وعن ابي حنيفة انه لا ينفرد بالتصرف لان
الموصي ما رضي بتصرفه وحده بخلاف ما اذا اوصى الى غيره لانه ينفذ تصرفه براي المثنى كما رضيه
المتوفى واذا مات الوصي فاوصى الى آخر فهو وصيه في تركته وتركة الميت الاول عندنا وقال
الشافعي لا يكون وصيا في تركة الميت الاول اعتبارا بالتوكيل في حالة الحيوة والجامع انه رضي
برايه لا براي غيره ولنا ان الوصي يتصرف بولاية منتقلة اليه فيملك الايصا الى غيره كالجد
الا ترى ان الولاية التي كانت ثابتة للموصي تنتقل الى الوصي في المال والى الجد في النفس ثم الجد
قام مقام الاب فيما انتقل اليه فكذا الوصي وهذا لان الايصا اقامة غيره مقامه فيما له
ولاية لما استعان به في ذلك مع علمه انه تعتريه المنية قبل تتميم مقصوده وهو تلافي ما فرط منه
صار راضيا بايصايه الى غيره بخلاف الوكيل لان الموكل حي يمكنه ان يحصل مقصوده بنفسه
فلا يرضى بتوكيل غيره والايصا اليه قال ومقاسمة الوصي الموصى له عن الورثة جايزة ومقاسمته
الورثة عن الموصى له باطلة لان الوارث خليفة الميت حتى يرد بالعيب ويرد عليه به ويصير مغرورا
بشرى المورث والوصي خليفة الميت ايضا فيكون خصما عن الوارث اذا كان غايبا فصحت قسمته

عليه

قسمته عليه حتى لو حضر وقد هلك ما في يد الوصي ليس له ان يشارك الموصى له اما الموصى له فليس بخليفة
من كل وجه لانه ملكه بسبب جديد ولهذا لا يرد بالعيب ولا يرد عليه ولا يصير مغرورا بشرى
الموصي فلا يكون الوصي خليفة عنه عند غيبته حتى لو هلك ما افرز له عند الوصي كان له
ثلث ما بقي لان القسمة لم تنفذ عليه غير ان الوصي لا يضمن لانه امين فيه وله ولاية الحفظ
في التركة فصار كما اذا هلك بعض التركة قبل القسمة فيكون له ثلث الباقي لان الموصى له شريك
الوارث فيتوى ما توى من المال المشترك على الشركة ويبقى ما بقي على الشركة قال فان
قاسم الورثة واخذ نصيب الموصى له فضاع رجع الموصى له بثلث ما بقي لما بيناه قال وان
كان اوصى الميت بحجة فقاسم الورثة فهلك ما في يده حج عن الميت من ثلث ما بقي وكذلك
ان دفعه الى رجل ليحج عنه فضاع من يده وقال ابو يوسف ان كان مستغرقا للثلث لم يرجع
بشي والا يرجع بتمام الثلث وقال محمد لا يرجع بشي لان القسمة حق الموصي ولو افرز الموصي
بنفسه مالا ليحج عنه فهلك لا يلزمه شي وبطلت الوصية فكذا اذا افرزه وصيه الذي
قام مقامه ولابي يوسف ان محل الوصية الثلث فيجب تنفيذها ما بقي محلها واذا لم يبق
بطلت لفوات محلها ولابي حنيفة ان القسمة لا تراد لذاتها بل لمقصودها وهو تادية
الحج فلم تعتبر دونه وصار كما اذا هلك قبل القسمة فيحج بثلث ما بقي ولان تمامها بالتسليم
الى الجهة المسماة اذ لا قابض لها فاذا لم يصرف الى ذلك الوجه لم تتم فصار كهلاكه قبلها
قال ومن اوصى بثلث الف درهم فدفعها الورثة الى القاضي فقسمها والموصى له غايب
فقسمته جايزة لان الوصية صحيحة ولهذا لو مات الموصي قبل القبول تصير الوصية
ميراثا والقاضي نصب ناظرا لا سيما في حق الموتى والغيب ومن النظر افراز نصيب الغايب
وقبضه فنفذ ذلك وصح حتى لو حضر الغايب وقد هلك المقبوض لم يكن له على الورثة
سبيل قال واذا باع الوصي عبدا من التركة بغير محضر من الغرما فهو جايز لان الوصي
قايم مقام الموصي ولو تولى حيا بنفسه يجوز بيعه بغير محضر من الغرما وان كان في مرض موته
فكذا اذا تولاه من قام مقامه وهذا لان حق الغرما متعلق بالمالية لا بالصورة والبيع
لا يبطل المالية لفواتها الى خلف وهو الثمن بخلاف العبد المديون لان للغرما حق
الاستسعا اما ههنا فبخلافه قال ومن اوصى بان يباع عبده ويتصدق بثمنه على المساكين
فباعه الوصي وقبض الثمن فضاع في يده واستحق العبد ضمن الوصي لانه هو العاقد ويكون
العهدة عليه وهذه عهدة لان المشتري منه ما رضي ببذل الثمن الا ليسلم له المبيع ولم يسلم
فقد اخذ البايع مال الغير بغير رضاه فيجب عليه رده قال ويرجع فيما ترك الميت
لانه عامل له فيرجع عليه كالوكيل وكان ابو حنيفة يقول لا يرجع لانه ضمن بقبضه ثم رجع
الى ما ذكرنا ويرجع في جميع التركة وعن محمد انه يرجع في الثلث لان الرجوع بحكم الوصية

فاخذ حكمها ومحل الوصية الثلث وجه الظاهر انه يرجع عليه بحكم الغرور وذلك في الدين عليه و
الدين يقضى من جميع التركة بخلاف القاضي وامينه اذا تولى البيع حيث لا يضمن عليه لان
في الزامها القاضي تعطيل القضاء اذ يتحاماه عن تقلد هذه الامانة حذرا عن لزوم الغرامة
فيتعطل مصلحة العامة وامينه سفير كالرسول وليس كذلك الوصي لانه بمنزلة الوكيل وقد مر
في كتاب القضاء فان كانت التركة قد هلكت او لم يكن بها وفاء لم يرجع بشيء كما اذا كان على
الميت دين اخر قال وان قسم الوصي الميراث فاصاب صغيرا من الورثة عبد فباعه وقبض
الثمن فهلك واستحق العبد رجع في مال الصغير لانه عامل له ويرجع الصغير على الورثة
بحصته لانتقاض القسمة باستحقاق ما اصابه قال واذا احتال الوصي بمال اليتيم
فان كان خيرا لليتيم جاز وهو ان يكون املا اذ الولاية نظرية وان كان الاول املا لا يجوز
لان فيه تضييع مال اليتيم على بعض الوجوه قال ولا يجوز بيع الوصي ولا شراؤه الا بما يتغابن
الناس في مثله لانه لا نظر في الغبن الفاحش بخلاف اليسير لانه لا يمكن التحرز عنه ففي اعتباره
انسداد بابه والصبي والعبد المأذون والمكاتب يجوز بيعهم وشراؤهم بالغبن الفاحش
عن ابي حنيفة لانهم يتصرفون بحكم المالك والاذن فك الحجر بخلاف الوصي لانه يتصرف بحكم النيابة
الشرعية نظرا فيتقيد بموضع النظر وعندهما لا يملكونه لان التصرف بالفاحش منه تبرع لا
ضرورة فيه وهم ليسوا من اهله قال واذا كتب كتاب الشراء على وصي كتب كتاب الوصية
وكتاب الشراء على حدة لان ذلك احوط ولو كتب جملة عسى يكتب الشاهد شهادته في اخره
من غير تفصيل فيصير ذلك حملا له على الكذب ثم قيل يكتب اشترى من فلان بن فلان ولا
يكتب من فلان وصي فلان لما بينا وقيل لا باس بذلك لان الوصاية تعلم ظاهرا قال
وبيع الوصي على الكبير الغائب جائز في كل شيء الا في العقار لان الاب يلي ما سواه ولا يليه فكذا
وصيه فيه وكان القياس ان لا يملك الوصي غير العقار ايضا لانه لا يملكه الاب على الكبير الا
انا استحسناه لما انه حفظ لتسارع الفساد وحفظ الثمن ايسر وهو يملك الحفظ اما العقار
فمحصن بنفسه قال ولا يتجر في المال لان المفوض اليه الحفظ دون التجارة وقال ابو يوسف ومحمد
وصي الاخ في الصغير والكبير الغائب بمنزلة وصي الاب في الكبير الغائب وكذا وصي الام ووصي العم
وهذا الجواب في تركة هؤلاء لان وصيتهم قائم مقامهم وهم يملكون ما يكون من باب الحفظ فكذا
وصيهم قال والوصي احق بمال الصغير من الجد وقال الشافعي الجد احق لان الشرع اقامه مقام الاب
حال عدمه حتى احرز الميراث فيتقدم على وصيته ولنا ان بالايصاء تنتقل ولاية الاب اليه فكانت
ولايته قائمة معنى فيقدم عليه كالاب بنفسه وهذا لان اختياره الوصي مع علمه بقيام الجد
يدل على ان تصرفه انظر لبنيه من تصرف ابيه قال فان لم يوص الاب فالجد بمنزلة الاب لانه
اقرب الناس اليه واشفقهم عليه حتى ملك الانكاح دون الوصي غير انه يقدم عليه وصي الاب

في التصرف

في التصرف لما بينا **فصل في الشهادة** واذا شهد الوصيان ان الميت اوصى الى فلان معهما
فالشهادة باطلة لانهما متهمان فيها لاثباتهما معينا لانفسهما قال الا ان يدعيها المشهود
له وهذا استحسان والقياس ان لا يجوز لما بينا من التهمة والقياس ان لا يجوز لما بينا من التهمة
وجه الاستحسان ان للقاضي ولاية نصب الوصي ابتداء او ضم اخر اليهما برضاه بدون شهادتهما
فيسقط بشهادتهما مؤنة التعيين عنه اما الوصاية تثبت بنصب القاضي لا بنصب الميت قال
وكذلك الابنان معناه اذا شهدا ان الميت اوصى الى رجل وهو منكر لانهما يجران الى انفسهما نفعا
بنصب حافظ للتركة ولو شهدا يعني الوصيين لوارث صغير بشيء من مال الميت او غيره فشهادتهما
باطلة لانهما يظهران ولاية التصرف لانفسهما في المشهود به قال وان شهدا لوارث كبير
في مال الميت لم يجز وان كان في غير مال الميت جاز وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد
ان شهدا لوارث كبير يجوز في الوجهين لانه لا يثبت لهما ولاية الحفظ وولاية بيع المنقول عند غيبة
الوارث فتحققت التهمة بخلاف شهادتهما في غير التركة لانقطاع ولاية وصي الاب عنه لان الميت
اقامه مقام نفسه في تركته لا في غيرها قال واذا شهد الرجلان لرجلين على ميت بدين الف
درهم وشهد الاخران للاولين بمثل ذلك جازت شهادتهما وان كانت شهادة كل فريق للاخر
بوصية الف درهم لم يجز وهذا قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف وجه القبول ان الدين
الدين ايضا وابو حنيفة فيما ذكر الخصاف مع ابي يوسف وعن ابي يوسف مثل قول محمد وجه القبول
ان الدين يجب في الذمة وهي قابلة لحقوق شتى فلا شركة ولهذا لو تبرع اجنبي بقضاء دين احدهما
ليس للاخر حق المشاركة ووجه الرد ان الدين بالموت يتعلق بالتركة اذ الذمة خربت بالموت ولهذا
لو استوفى احدهما حقه من التركة يشاركه الاخر فيها فكانت الشهادة مثبتة حق الشركة فتحققت
التهمة بخلاف حال حياة المديون لانه في الذمة لبقائها لا في المال فلا يتحقق الشركة قال ولو
شهدا انه اوصى لهذين الرجلين بجاريته وشهد المشهود لهما ان الميت اوصى للشاهدين بعبد
جازت الشهادة بالاتفاق لانه لا شركة فلا تهمة ولو شهدا انه اوصى لهذين الرجلين بثلث ماله
وشهد المشهود لهما انه اوصى للشاهدين بثلث ماله فالشهادة باطلة وكذلك اذا شهد
الاولان ان الميت اوصى لهذين الرجلين بعبد وشهد المشهود لهما انه اوصى للاولين بثلث ماله
فهي باطلة لان الشهادة في هذه الصورة مثبتة للشركة **كتاب الخنثى فصل في بيانه**
قال واذا كان للمولود فرج وذكر فهو خنثى فان كان يبول من الذكر فهو غلام فان كان يبول
من الفرج فهو انثى لان النبي عليه السلام سئل عنه كيف يورث فقال من حيث يبول وعن علي رضي الله عنه
مثله ولان البول من اي موضع كان فهو دلالة على انه هو العضو الاصلي الصحيح والاخر بمنزلة العيب
وان بال منهما فالحكم للاسبق لان ذلك دلالة اخرى انه هو العضو الاصلي وان كان في السبق سواء

فلا معتبر بالكثرة عند ابي حنيفة وقالا ينسب الى اكثرهما بولا لانه علامة قوة ذلك العضو وكونه
عضوا اصليا ولان للاكثر حكم الكل في اصول الشرع فيترجح بالكثرة وله ان كثرة الخروج
ليس يدل على القوة لانه قد يكون لاتساع في احدهما وضيق في الاخر وان كان يخرج منهما على
السواء فهو مشكل بالاتفاق لانه لا مرجح قال واذا بلغ الخنثى وخرجت له لحية او وصل الى
النساء فهو رجل وكذا اذا احتلم كما يحتلم الرجل او كان له ثدي مستو لان هذا من علامات
الذكران ولو ظهر له ثدي كثدي المراة او نزل له لبن في ثديه او حاض او حبل او امكن الوصول اليه
من الفرج فهو امراة لان هذه من علامات النساء وان لم يظهر احدى هذه العلامات فهو خنثى
مشكل وكذا اذا تعارضت هذه المعالم **فصل في احكامه** الاصل في الخنثى المشكل ان يؤخذ
بالاحوط والاوثق في امور الدين وان لا يحكم بثبوت حكم وقع الشك في ثبوته قال واذا
وقف خلف الامام قام بين صف الرجال والنساء لاحتمال انه امراة فلا يتخلل الرجال كيلا تفسد
صلاتهم ولا النساء لاحتمال انه رجل فتفسد صلوته فان قام في صف النساء فاحب الي ان يعيد
صلاته لاحتمال انه رجل وان قام في صف الرجال فصلاته تامة ويعيد الذي عن يمينه وعن يساره
والذي خلفه بحذائه صلوتهم احتياطا لاحتمال انه امراة قال واحب الينا ان يصلي بقناع
لانه يحتمل انه امراة ويجلس في صلوته جلوس المراة لانه ان كان رجلا فقد ترك سنة وهو جائز
في الجملة وان كان امراة فقد ارتكب مكروها لان الستر على النساء واجب ما امكن وان صلى بغير
قناع امرته ان يعيد لاحتمال انه امراة وهو على الاستحباب وان لم يعد اجزاه وتبتاع له امة تختنه
ان كان له مال لانه يباح لمملوكته النظر اليه رجلا كان او امراة ويكره ان يختنه رجل لانه عساه انثى
او تختنه امراة لانه لعله رجل فكان الاحتياط فيما قلناه وان لم يكن له مال ابتاع الامام من بيت المال
لانه اعد لنوائب المسلمين فاذا ختنته باعها ورد ثمنها في بيت المال لوقوع الاستغناء عنها ويكره
له في حياته لبس الحلي والحرير وان ينكشف قدام الرجال او قدام النساء وان يخلو به غير محرم من رجل
او امراة وان يسافر من غير محرم من الرجال توقيا عن احتمال المحرم وان احرم وقد راهق قال ابو يوسف
لا علم لي في لباسه لانه ان كان ذكرا كره له لبس المخيط وان كان انثى يكره له تركه وقال محمد يلبس لباس
المراة لان ترك لبس المخيط وهي امراة اخش من لبسه وهو رجل ولا شيء عليه لانه لم يبلغ ومن حلف بطلاق
او عتاق ان كان اول ولد تلدينه غلاما فولدت خنثى لم يقع حتى يستبين امر الخنثى لان الحنث لا
يثبت بالشك ولو قال كل عبد لي حر او قال كل امة لي حرة وله مملوك خنثى لم يعتق حتى يستبين
امره لما قلنا وان قال القولين جميعا عتق للتيقن باحد الوصفين لانه ليس بمهمل وان قال الخنثى
انا رجل او قال انا امراة لم يقبل قوله اذا كان مشكلا لانه دعوى يخالف قضية الدليل فان لم يكن
مشكلا ينبغي ان يقبل قوله لانه اعلم بحاله من غيره وان مات قبل ان يستبين امره لم يغسله رجل ولا امراة

لان حل الغسل غير ثابت بين الرجال والنساء فيتوقى احتمال الحرمة ويتيمم بالصعيد لتعذر
الغسل ولا يحضر ان كان مراهقا غسل رجل ولا امراة لاحتمال انه ذكر او انثى وان سجي قبره
فهو احب لانه ان كان انثى يقيم واجبا وان كان ذكرا فالتسجية لا تضره واذا مات فصلي عليه
وعلى رجل وامراة وضع الرجل مما يلي الامام والخنثى خلفه والمراة خلف الخنثى فيؤخذ من
الرجل لاحتمال انه امراة ويقدم على المراة لاحتمال انه رجل وان جعل على السرير نعش المراة
فهو احب الي لاحتمال انه عورة ولو دفن مع رجل في قبر واحد من عذر جعل الخنثى خلف الرجل لاحتمال
انه امراة ويجعل بينهما حاجز وان كان مع امراة قدم الخنثى لاحتمال انه رجل ويكفن كما
يكفن الجارية وهو احب الي يعني يكفن في خمسة اثواب لانه اذا كان انثى فقد اقيمت سنة
وان كان ذكرا فقد زاد على الثلاث ولا باس بذلك ولو مات ابوه وخلف ابنا
فالمال بينهما عند ابي حنيفة للابن سهمان وللخنثى سهم وهو انثى عنده في الميراث الا ان
يتبين غير ذلك وقالا للخنثى نصف ميراث ذكر ونصف ميراث انثى وهو قول الشعبي واختلفوا
في قياس قوله قال محمد المال بينهما على اثني عشر سهما للابن سبعة وللخنثى خمسة وقال ابو
يوسف المال بينهما على سبعة اسهم للابن اربعة وللخنثى ثلاثة لان الابن يستحق كل الميراث
عند الانفراد والخنثى يستحق ثلاثة الارباع فعند الاجتماع يقسم بينهما على قدر حقيهما
هذا يضرب بثلاثة وذاك يضرب باربعة فيكون سبعة ولمحمد ان الخنثى لو كان ذكرا يكون المال
بينهما نصفين وان كان انثى يكون المال بينهما اثلاثا فاحتجنا الى حساب له نصف وثلث
واقل ذلك ستة ففي حال المال بينهما نصفين وفي حال اثلاثا للخنثى سهمان ونصف وللابن
اربعة فسهمان للخنثى ثابتان بيقين ووقع الشك في السهم الزائد فيتنصف فيكون له
سهمان ونصف فانكسر فيضعف ليزول الكسر فصار الحساب من اثني عشر للخنثى خمسة
وللابن سبعة ولابي حنيفة ان الحاجة ههنا الى اثبات المال ابتداء والاقل وهو ميراث
الانثى متيقن به وفيما زاد عليه شك فاثبتنا المتيقن به قصرا عليه لان المال لا يجب بالشك
وصار كما اذا كان الشك في وجوب المال بسبب اخر فانه يؤخذ فيه بالمتيقن كذا هنا
الا ان يصيبه الاقل لو قدرناه ذكرا فحينئذ يعطى نصيب الابن في مثل هذه الصورة لكونه متيقنا
به وهو ان يكون الورثة زوجا واما واختا لاب وام هي خنثى او امراة واخوين لام
واختا لاب وام هي خنثى فعندنا في الاولى للزوج النصف وللام الثلث والباقي
للخنثى وفي الثانية للمراة الربع وللاخوين لام الثلث والباقي للخنثى لانه اقل النصيبين
مسائل شتى قال واذا قرئ على الاخرس كتاب وصيته فقيل له نشهد عليك
بما في هذا الكتاب فاومأ براسه اي نعم او كتب فاذا جاء من ذلك ما يعرف انه اقرار فهو جائز
ولا يجوز ذلك في الذي يعتقل لسانه وقال الشافعي يجوز في الوجهين لان المجوز انما

بها العجز وقد شمل الفصلين ولا فرق بين الاصلي والعارضي كالوحشي والمتوحش من الابل
في حق الذكوة والغرق فلاصحابنا رحمهم الله ان الاشاره انما يعتبر اذا صارت معهودة
معلومة وذلك في الاخرس دون المعتقل لسانه حتى لو امتد ذلك فصارت له اشارات
معلومة قالوا هو بمنزلة الاخرس ولان التفريط جاء من قبله حيث اخر الوصية الى هذا
الوقت اما الاخرس فلا تفريط منه ولان العارضي على شرف الزوال دون الاصلي فلا
ينفيان وفي الاتي عرفناه بالنص قال واذا كان الاخرس يكتب كتابا او يومي ايماء
يعرف به فانه يجوز نكاحه وطلاقه وبيعه وشراؤه ويقتص منه وله ولا يحد ولا يحد له
اما الكتابة فلانها ممن نأى بمنزلة الخطاب ممن دنى الا ترى ان النبي عليه السلام ادى
واجب التبليغ مرة بالعبارة وتارة بالكتابة الى الغيب والمجوز في حق الغايب العجز
وهو في الاخرس اظهر والدم ثم الكتاب على ثلاث مراتب مستبين مرسوم وهو بمنزلة
النطق في الغايب والحاضر على ما قالوا ومستبين غير مرسوم كالكتابة على الجدار واو
راق الاشجار وينوي فيه لانه بمنزلة صريح الكتابة فلا بد من النية وغير مستبين كالكتابة
على الهوا والماء وهو بمنزلة كلام غير مسموع فلا يثبت به الحكم واما الاشارة فجعلت حجة
في حق الاخرس في حق هذه الاحكام للحاجة الى ذلك لانها من حقوق العباد ولا يختص
بلفظ دون لفظ وقد يثبت بدون اللفظ والقصاص حق العبد ايضا والحاجة الى الحد
لانها حق الله تعالى اذ لا مطالب لها ولانها تندرئ بالشبهات ولعله كان مصدقا للقاذف فلا حد
للشبهة ولا يحد ايضا بالاشارة بالقذف لانعدام القذف صريحا وهو الشرط ثم
الفرق بين الحدود والقصاص ان الحد لا يثبت ببيان فيه شبهة الا ترى لو شهدوا
بالوطي الحرام او اقر بالوطي الحرام لا يجب الحد ولو شهدوا بالقتل المطلق او اقر بمطلق
القتل يجب القصاص وان لم يوجد التعمد وهذا لان القصاص فيه معنى العوضية
لانه شرع جابرا فجاز ان يثبت مع الشبهة كسائر المعاوضات التي هي حق العبد اما
الحدود الخالصة لله فشرعت زواجر وليس فيها معنى العوضية فلا يثبت مع الشبهة
لعدم الحاجة وذكر في كتاب الاقرار ان الكتاب من الغايب ليس بحجة في قصاص يجب
عليه ويحتمل ان يكون الجواب ههنا ان يكون كذلك فيكون فيه روايتان ويحتمل
ان يكون مفارقا لذلك لانه يمكن الوصول الى نطق الغايب لقيام اهلية النطق
ولا كذلك الاخرس لتعذر الوصول الى النطق للافة المانعة ودلت المسئلة على ان
الاشارة معتبرة وان كان قادرا على الكتابة بخلاف ما توهمه بعض اصحابنا انه لا تعتبر
الاشارة مع القدرة على الكتابة لانه حجة ضرورية ولا ضرورة لانه جمع ههنا بينهما
فقال اشار او كتب وانما استويا لان كل واحد منهما حجة ضرورية وفي الكتابة زيادة بيان

وجوب القصاص باقرار قتل المطلق او الشهادة بقتل المطلق

لم توجد

لم توجد في الاشارة وفي الاشارة زيادة امر لم توجد في الكتابة لما انها اقرب الى النطق
من اثار الة الكلام فاستويا وكذلك الذي صمت يوما او يومين بعارض لما بينا في
المعتقل لسانه ان الة النطق قائمة وقيل هذا تفسير لمعتقل اللسان قال
واذا كانت الغنم مذبوحة وفيها ميتة فان كانت المذبوحة اكثر تحرى فيها واكل وان
كانت الميتة اكثر او كانا نصفين لم يؤكل وهذا اذا كانت الحالة حالة الاختيار
اما في حالة الضرورة يحل له التناول في جميع ذلك لان الميتة المتيقنة تحل له حالة
الضرورة والذي يحتمل ان يكون ذكية اولى غير انه يتحرى لانه طريق يوصله الى الذكية
في الجملة فلا يتركه من غير ضرورة وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز الاكل في حالة
الاختيار وان كانت المذبوحة اكثر لان التحري دليل ضروري فلا يصار اليه
من غير ضرورة ولا ضرورة لان الحال حالة الاختيار ولنا ان الغلبة تنزل
منزلة الضرورة في افادة الاباحة الا ترى ان اسواق المسلمين لا تخلو عن المحرم
والمسروق والمغصوب ومع ذلك يباح التناول اعتمادا على الغالب وهذا
لان القليل لا يمكن الاحتراز عنه ولا يستطاع الامتناع فسقط اعتباره دفعا
للحرج كقليل النجاسة وقليل الانكشاف
بخلاف ما اذا كانا نصفين او كانت
الميتة اغلب لانه لا ضرورة
والله اعلم
بالصواب
تم

قد تم سطر هذا الكتاب بعون الملك الوهاب على يد اضعف
عباد الله واحوجهم الى رحمة ربه الغني
حسن بن احمد اصلح الله شانه وصانه
عما شانه ورحم اسلافه
بفضله وكرمه
فهو اكرم
الاكرمين
امين

بتاريخ سنه [illegible]